المهمات

في شرح الروضة والرافعي

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة

جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي

رحمه الله

ت/ ٧٧٢ هـ

اعتنى به

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

عفا الله عنه

الجزء السادس

مركز التراث الثقافي المغربي

دار ابن حزم

بسم الله الرحمن الرحيم

المهمات

في شرح الروضة والرافعي

٦

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

ISBN 978-9953-81-740-8

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى على سيدنا محمد. اللهم يسر

كتاب العارية

وأركانها أربعة

قوله: والمعتبر فيه ـ يعني :في المعير ـ مالكية المنفعة، فيجوز للموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار أن يعير. انتهى.

وما ذكره من اشتراط الملك في المعير تابعه عليه في «الروضة»، ويرد عليه صورتان:

إحداهما: ما لو نذر أضحية أو هدياً، فإنه يجوز له أن يعيره.

كما قال الرافعي في باب الأضحية، مع أنه قد خرج عن ملكه بمجرد النذر، ولهذا قالوا: لا يؤخر.

الثانية: جواز إعارة الإمام أراضي بيت المال وغيرها من الأعيان، فإنه لا شك في جوازه، وإن لم يحضرني الآن ناقله.

بل قد صرح الرافعي بجواز التمليك، وحينئذ فالإعارة أولى، وما أطلقه من كون الموصي له بالمنفعة مالك، وأنه لا يجوز له أن يعير فيه تفصيل وخلاف مذكور في باب الوصية فراجعه.

وكلام الرافعي يقتضي أنه لا يجوز للأب إعارة ولده الصغير، وهو الذي أطلقه في «العدة» كما قال في «الروضة» ولكن إذا أعاره في خدمة حقيرة لا تقابل بأجرة، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف أنه لا يمنع منه إذا لم يضر بالصبي هذا كلامه، ولم ينقله عن أحد.

وقال الروياني في «البحر»: يجوز أن يعير ولده الصغير ليخدم من يتعلم منه.

قوله: الركن الثاني : المستعير ، قال في الكتاب :ولا يعتبر فيه إلا كونه أهلاً للتبرع عليه وكأنه أراد التبرع بعقد، وإلا فالصبي والبهيمة لهما أهلية التبرع، والاختيار إليهما.

ولكن لا يوهب منهما فلا يعاد. انتهى.

وما قاله الغزالي، وأقره عليه قد جزم به في «الروضة» وهو يقتضي صحة استعارة السفيه فإن الصحيح صحة قبوله الهبة. كما سبق في الحجر.

لكن كيف تصح استعارته مع كونها سبباً مضمناً؟ لا جرم أن صاحب «الذخائر» جزم بعدم صحتها.

وذكر الماوردي في كتاب الحجر نحوه.

فإنه قال: فيما إذا أعار من سفيه شيئا فأتلفه: إن حكمه كما لو أتلف الوديعة حتى يجئ فيه الخلاف في ضمانها، ولو صحت منه لكان يضمنها قولاً واحداً، وإن لم يتلفها.

قوله: وأما إعارة الجواري للخدمة فتجوز إن كانت الإعارة من محرم، أو امرأة، وإلا فلا تجوز لخوف الفتنة. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على حصر الجواز في المحرم والمرأة لكن لابد من استثناء أمور:

أحدها: المالك: ويتصور ذلك في المستأجر وفي الموصى له بالمنفعة.

الثاني: ما استثناه في «المطلب» وهو الزوج يستعير زوجته.

قال: فإذا أعارها له، فتكون مضمونة عليه ولو في الليل إلى أن يسلمها له لأن يد الضمان تثبت فلا تزول إلا بذلك.

الثالث: إذا مرض رجل ولم يجد من يخدمه إلا امرأة فإنها تخدمه للضرورة.

فلو أعار والحالة هذه صح.

قوله: في المسألة: إلا إذا كانت صغيرة لا تشتهى أو قبيحة، ففيها وجهان انتهى.

والصحيح منهما عند الرافعي: أنه يحرم، كذا صححه في «الشرح الصغير» وهو مقتضي إطلاق «المحرر» أيضاً، فإنه لم يستثن شيئاً وقال في «الروضة»: الأصح الجواز.

واعلم أن الخلوة بالصغيرة جائزة، ولهذا لا تنقض الوضوء بخلاف العجوز، فالصواب التفرقة فيجوز في الصغيرة بخلاف الكبيرة.

قال في «المطلب»: والحق المنع في العجوز والشوهاء.

قوله: وتكره استعارة أحد الأبوين للخدمة لأن استخدامهما مكروه.

ولفظ الإمام ينفي الحل . انتهى كلامه.

وصورة المسألة : أن يقصد بها الاستخدام، فإن أوقع الإعارة على الخدمة، لكن قصد توقيره كانت مستحبة. كما قاله: القاضي أبو الطيب وغيره وهو واضح .

واعلم أن الرافعي في كتاب الإجارة، حكى وجهين في صحة استئجار الولد عين والده قال: كالوجهين في إيجار المسلم نفسه من كافر.

وهذا الكلام يدل على الخلاف في جواز استخدامه إياه من غير إجارة، فإنه لا مانع من الإيجار سوى احترام الأبوة وهو موجود في الإعارة.

وهذا الذي قلناه يقوى ما نقله الرافعي عن الإمام من نفي الحل.

وقد أشار في «الروضة» إلى إنكار ذلك فقال ما نصه: الذي قاله الأصحاب أنه يكره كراهة تنزيه.

قال الجرجاني: ويكره أيضا استئجارهما، هذا لفظه.

قوله: ولو قال أبحت لك درها ونسلها فوجهان:

أحدهما: أنه كقوله :ملكتك حتى لا يصح.

والثاني: أنه إباحة صحيحة والشاة عارية صحيحة ، وهو ما أورده المتولي انتهى.

والصحيح :هو الوجه الثاني، فقد اختاره أيضا القاضي أبو الطيب والماوردي، وصاحب «الشامل»، وصححه في «الروضة» من زياداته.

بل إنما صور المذكورون المسألة وكذلك أكثر من تكلم عليها، بما إذا أعار، حتى اقتضى كلام أبي الطيب صحة الإباحة جزماً،وهذا هو المتجه.

وأما تصوير الرافعي إياها بما إذا أباحه، فتابع فيه البغوي.

قوله: الركن الرابع :الصيغة، واختلفوا في الواجب من اللفظ.

والأصح الأشهر ما قطع به البغوي وغيره أن المعتبر: اللفظ من أحد الطرفين، والنقل من الآخر.

وقال الغزالي: يعتبر اللفظ من جهة المعير ولا يعتبر من جهة المستعير، إنما يعتبر منه القبول بالفعل. انتهى.

واللفظ «للروضة»، وقد ذكر في الباب الثاني ما يوافق مقالة الغزالي، وسأذكره في موضعه فراجعه.

ثم إن الذي ذكره هناك هو قياس الوديعة فإن الرافعي، قد جزم بأنه يشترط فيها اللفظ من جهة المودع، والفعل من الآخر ووافقه عليه في «الروضة» وتتجه التسوية بين البابين.

قوله: ويوافقه ما حكى عن الشيخ أبي عاصم أنه إذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة إليه، حيث جرت العادة باستعماله، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها، كان عارية لأنه انتفاع بملك المعير بإذنه. انتهى كلامه.

وما قاله أبو عاصم، قد جزم به البغوي أيضاً ، ونقله عنه الرافعي في كتاب الهبة، ثم إن محل ذلك أيضا إنما هو فيما إذا كانت الهدية لا لمقابل،

فإن كانت عوضاً فالظرف أمانة في يده، كالإجارة الفاسدة.

كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم المذكور ونقله عنه في «الروضة».

ويؤخذ من كلام الرافـعي هنا أن الضمان في المسألة التي نـقلها يتوقف على الاستعمال فأما قبله [فهو][1] أمانة، وإن كانت بغير مقابل.

وقد صرح به الرافعي في الهبة.

(١) في ب، جـ: فإنه.

قال ـ رحمه الله:

أما أحكامها فأربعة

قـوله: فإذا وجب ضـمان العـارية فأي قـيمـة تعتـبر؟ فـيه ثلاثة أوجـه، وسماها الزجاجي أقوالاً وكذلك في «الوسيط».

أحدها: أقصا القيم.

وثانيها: قيمة يوم القبض.

والثالث: وهو الأصح قيمة يوم التلف فإن ضـمناه ضمان المغصوب كان ولدها الحادث في يده مضموناً عليه وإلا فلا . انتهى ملخصا فيه أمور:

أحـدها: أن كلامه يقتضي أن الراجح كون الخلاف وجوهاً، وقد خالفه في «المحرر» فـقال: أصح القـولين أن إعارته تضـمن بقيمـة يوم التلف، لا بأقصا القيم ، هذا لفظه، وقد عـدل في«المنهاج» عن ذلك، وجعله الخلاف وجوها وهو الصواب.

واعـلـم أن إطلاق الرافعي يقتضي أنه لا فرق في التـضمين بالقيمة بين المثلى كالخشب والحجر، وبين المتقوم ؛وهو كذلك، فإن المنقول في «الحاوي» و«التهذيب» و«المحرر» وغيرها بناء المثلى على الخـلاف في ضمان المتقوم فإن اعتبرنا أقصا القيم أوجبنا القيمة.

الأمر الثاني: أنا إذا قلنا أن ولد العارية لا يكون مضموناً فيكون حكمه، كما لو طيرت الريح ثوباً إلى داره، وغير ذلك من الأمانات الشرعية، هكذا جزم به القاضي حسين وإمام الحرمين وغيرهما.

ولم يذكر ابن الرفعة في «المطلب» و«الكفاية» غيره.

وحكم الثـوب المذكور ونحـوه أنه إذا تمكن من رده إلى المالك فلم يرده كان ضامناً له في أصح الوجهين.

كذا ذكره الرافعي في كتاب الوديعة، وحينئذ فإذا تمكن من رد هذا الولد فلم يرده، كان ضامناً له في الأصح فتفطن له فإن كلام الرافعي و«الروضة» يوهم إيهاماً ظاهراً بخلافه.

الأمر الثالث: إنما قيد الرافعي ما ذكره بالولد الحادث للاحتراز عما إذا أعاره دابة فتبعها ولدها، فإن الولد لا يكون مضموناً عليه ،كما قاله القاضي الحسين والبغوي في «فتاويهما» ولم يذكر في «زوائد الروضة» غيره.

وقال في «الكفاية»: إذا قلنا بضمان الولد الحادث قلنا أيضا بالضمان في الولد التابع؛ ولم ينقل عدم الضمان إلا عن الجيلي، والذي قاله مردود، وقد نبهت عليه في «الهداية في أوهام الكفاية» فراجعه.

قوله:فيما إذا استعار من المستأجر: ومؤنة الرد في هذه الإستعارة على المستعير إن رد على المستأجر، وعلى المالك إن رد عليه ، كما لو رد عليه المستأجر .انتهى كلامه .

وما ذكره من إيجاب المؤنة على المالك، قد خالفه في غير هذا الموضع، وسأذكر ذلك في موضعه من باب الإجارة، إن شاء الله تعالى فراجعه.

قوله: ألا ترى أن الأصل يرجع في الهبة ولا يرجع في الصدقة .انتهى كلامه .

وما ذكره عن عدم الرجوع في الصدقة للأصل قد ناقضه في غير هذا الموضع، وسوف أذكره إن شاء الله تعالى في باب الهبة مبسوطاً فراجعه.

قوله: ولو كان لأحد الرفيقين في السفر دابة وللآخر متاع، فقال صاحب المتاع للآخر: احمل متاعي على دابتك فأجاب، فصاحب المتاع مستعير.

ولو قال صاحب الدابة :أعطني متاعك لأضعه على الدابة فهو مستودع متاعه، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع، ذكره البغوي . انتهى كلامه.

وفيه كلام سبق ذكره قريبا في أول الركن الرابع.

قـوله: وإن كان ينتـفع به بجهـتـين فصـاعداً كـالأرض تصلح للزراعـة والبناء، وكالدابة للركوب والحمل، فـهل تصح إعارته مطلقاً أم لابد من بيان جهة الانتـفاع؟ فيه وجهان: فإن قلـنا بالثاني فقال :أعرتك لتنتفع به فـيما بدا لك، أو كيف شئت فوجهان . انتهى.

أما الوجهان الأولان فالصحيح فيهما أنه لابد من البيان.

فـقد قـال ـ أعني الرافـعي ـ في باب الإجـارة من هذا الكتـاب، وفي «المحرر» هنا: إنه الأظهر.

وكلامه في «الشرح الصغير» يشعر برجحانه.

واقتصر في «الروضة» على نقل ما في «المحرر» ولم يتفطن إلى الترجيح الواقع في كتاب الإجارة .

وأما الوجهان الأخيران فتابعه في «الروضة» على حكايتهما أيضا من غير ترجيح.

والصحيح منهما :الصحة، فإنـهما صححا ذلك في نظيره من الإجارة، وحينئذ فتصحيح الإعارة بطريق الأولى.

قوله: وللمعير والمستعير الرد متى شاء.

واسـتـثنى الأصحـاب عن الأصل المـذكور صـورتين: الأولى: إذا أعـار أرضا للدفن للميت فدفن .

الثانية : إذا أعار حائطاً لوضع الجذوع فلا يرجع على وجه . انتهى .

وما ذكره من الحـصر تابعه عليه في «الروضـة» أيضا، وليس كذلك بل تسـتثنى ثالـثة وهي: مـا إذا كفـن الميت أجنبي فهـل الكفن باق على ملك الأجنبي؟ فيـه خلاف حكاه الرافعي في كـتاب السرقـة من غير تصـحيح، وصحح النووي من «زوائده» البقاء.

قال في «الوسيط» في باب الوصية: إنه يكون عارية.

وقال في السرقة من العواري اللازمة.

وصرح الرافعي في السرقة أيضا بأنه كالعارية وهو معنى لفظ الغزالي، والتشبيه لا معنى له لأنه حقيقة العارية.

ولو أراد [أداء][1] الصلاة المفروضة، فأعاره ثوباً ليستر به عورته، أو ليفرشه في مكان نجس ففعل وأحرم وكان الرجوع مؤديا إلى بطلان الصلاة فيتجه منعه منه، ويحتمل الجواز وتكون فائدته طلب الأجرة.

ويستثني من رد المستعير صورة أخرى وهي: استعارة الدار لسكنى المعتدة كما ذكره الأصحاب في كتاب العدد.

قوله: وإذا أعار أرضاً لدفن ميت فله الرجوع قبل الحفر وبعده، ما لم يوضع الميت، قال في التتمة: وكذا بعد الوضع ما لم يواره التراب.

وذكر أن مؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن على ولي الميت، ولا يلزمه الطم. انتهى كلامه بحروفه.

فيه أمران:

أحدهما: أنه ليس فيه ولا في «الروضة» ما يدل على أن المحكي عن «التتمة» حكاية لوجه آخر مرجوح، أو استدراك لما قاله أولئك حتى يكون إطلاقهم محمولا عليه؟ بل كلامه يوهم الاحتمال الثاني؛ وقد بيّن ذلك في «الشرح الصغير» وذكر ما حاصله: أنه وجه فقال: وله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يوضع فيه الميت، وقيل ما لم يوار بالتراب. هذا لفظه بحروفه، ولم يتعرض للمسألة في «المحرر».

نعم: كلام الإمام يقتضي موافقة صاحب «التتمة» فإنه قال: وللمعير

---

(١) سقط من ب.

الرجوع قبل اتفاق [الدفن][(١)] .

الأمر الثاني: أن المتولي قد جزم بأن مؤنة الحفر في هذه الحالة على المعير فقال: إذا رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن غرم لولي الميت مؤنة الحفر، لأنه بإذنه في الحفر أوقعه في التزام ما التزمه، وفوت عليه مقصوده لمصلحة نفسه، هذا لفظ المتولي .

وكلام الرافعي يشعر بأن المتولي أجاب بعكسه، فإنه بعد أن نقل عن المتولي ما نقل عبر بقوله: وذكر أن مؤنة الحفر إلى آخر ما قدمناه.

لكن يحتمل أن تكون الذال مضمومة على البناء للمفعول، ويكون غير المتولي هو الذاكر له.

وقد عبر النووي بعبارة لا تحتمل فأتى بلفظ قال: ثم استدرك عليه، ونسب الرافعي فيه إلى الغلط.

قوله: في أصل «الروضة»: إعارة الأرض للبناء أو الغراس ضربان انتهى.

استدرك المصنف في «لغات التنبيه» على الشيخ في تعبيره بالغراس فقال: لو عبر بالغرس ـ أي: بإسقاط الألف ـ لكان أحسن وأخصر ؛والذي أرشد الشيخ إليه قد وقع فيه ههنا.

قوله ولو استعار أرضاً فبنى فيها أو غرس، ثم رجع المالك، فإن كان قد شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه لزمه، ثم قال بعد ذلك: إنه لا فرق فيه بين العارية المطلقة والمؤقتة . انتهى.

وتقييد القلع بقوله مجاناً ذكره هو والنووي في كتبهما ،والصواب حذفه؛ فإنه يقتضي أنه لا يؤمر بالقلع مجاناً إلا عند التنصيص عليه، وهو

(١) سقط من أ.

خلاف ما قاله الشافعي، فـإن الشافعي أوجب عليه ذلك بدون هذا الشرط، فقـال في «المختـصر» و«الأم» مـا نصه: ولكن لو قـال ـ أي: المعيـر ـ فإذا انقضى الوقت كان عليك أن تنقض بناءك، كان ذلك عليه ، لأنه لم يغره إنما غر نفسه هذا لفظه.

ولذلك لم يأت به جماعة منهم الشيخ في المهذب.

قـوله: ولو أراد المستعيـر القلع مكن منه، ثم إن لم يكن قـد شرط عليـه القلع فهل يلزمه تسوية الأرض؟ فيه وجهان: أظهرهما نعم . انتهى مخلصاً.

فيه أمران:

أحدهـما: أن ما رجحه هنا قد رجح عكسه في «المحرر»، فقال: أظهر الوجـهين :أنه لا يلزمه تسـوية الأرض، هذا لفظه؛ وهو غـريب لتعـبيـره بالأظهر في الموضعين.

والظاهر أنـه في «المحـرر» انعكس عـليـه المراد ولأجل ذلك قـــال في «الروضــة» من زياداته: إن الجمـهـور على اللزوم، قـال: ولا تغتـر بما في «المحرر» فـإنه ضعـيف ،ويؤيد ما قـاله :أن الإمام ادعى في الإجـارة إتفاق الأصحاب عليه.

الأمر الثـاني: أن إيجاب التسوية يتجه أن يكون محله في الحفر الحاصلة من القلع، أما الحاصلة بسـبب البناء أو الغراس في مدة العارية فيـتجه عدم وجوبها، لأنها ما حدث فيها لأجل الاستعمال.

وإذا لم يوجبـوا ضمـاناً عند انمحاق الثـوب أو استخـفافه لـهذه العلة، فالحفر أولى.

قوله في المسألة: فإن لم يختر المستعير القلع ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المعير يخيـر بين أن يتملكه بالقـيمة، وبين أن يـقلع ويضمن أرش ما نقص وهذا رأى أكثـر العراقيين وغيرهم، ويشـبه أن يكون أظهر في

المذهب.

والثاني: أنه يخير بينهما وبين الإبقاء بأجرة.

والثالث: له القلع مع الأرش، وليس له التملك، ولا الإبقاء بأجرة، إلا بإذن المستعير لأنها بيع أو إجارة، قاله في «التهذيب» . انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن حاصل ما في «التهذيب» هو التخيير بين الثلاث فإنه قال: ولكن يخير المعير بين أحد الأشياء الثلاثة، إن شاء أخذها بالقيمة وإن شاء كلف المستعير قلعها وضمن أرش النقصان، وإن شاء أقرها بالأجرة، فإن أراد القلع لا يحتاج إلى إذن المستعير وإن أراد التملك بالقيمة أو التقرير بالأجرة يحتاج إلى إذنه، لأنه بيع أو إجارة. وربما يريد المستعير نقله ،هذا لفظه بحروفه .

وحاصله: أنه لا يستقل بالتملك، ولا بالإبقاء بالأجرة بخلاف القلع لأن في التملك إخراج ملكه عنه وفي الإبقاء بالأجرة إلزام ذمته مالاً وهو قد لا يريد ذلك، بل يريد القلع.

وهذا الذي قاله صحيح ظاهر، وحينئذ فإذا اختار المعير واحدة من هذين عرضنا الأمر على المستعير، فإن أجاب إليها ؛وإلا جوزنا للمعير القلع، وإن لم يقلع المستعير.

الأمر الثاني: أن هذه المسألة قد ذكرها الرافعي في مواضع شتى، واختلف فيها كلامه، وتابعه في «الروضة» على ذلك، فلنذكر تلك المواضع.

فنقول: قد عرفت المذكور هنا وذكرها أيضا في كتاب الصلح وأجاب بالتخيير بين الخصال الثلاث، ذكر ذلك في أوائل الفصل الثاني من الباب الثاني عند الكلام على ما إذا أعاره حائطاً لوضع الجذوع وقلنا: بالصحيح

وهو جواز الرجوع فقال: وما فائدة رجوعه؟ فيه وجهان أظهرهما: أنه يتخير بين أن يبقى بأجرة وبين أن يقلع ويضمن أرش النقض، كما لو أعار أرضاً للبناء.

قال في «التهذيب»: إلا أن في إعارة الأرض له خصلة أخرى، وهي تملك البناء بالقيمة وليس لمالك الجدار ذلك ؛لأن الأرض أصل فجاز أن يستتبع البناء، والجدار تابع فلا يستتبع. انتهى كلامه.

وجزم في الباب الثاني من أبواب الغصب في الطرف الثاني منه بما يقتضيه أيضا.

وصرح به في كتاب الهبة، فيما إذا وهب لابنه أرضاً فبنى فيها الابن أو غرس، ثم رجع الأب فقال: وليس للأب قلع البناء والغراس مجاناً لكنه يتخير بين الإبقاء بأجرة، والتملك بالقيمة، أو القلع، وغرامة النقض كالعارية .انتهى فالمذكور هنا التخيير بين التملك والقلع.

وفي الصلح والغصب والهبة التخيير بين الثلاث.

وذكرها في «الشرح الصغير» في هذا الباب وفي الصلح «كالكبير» ولم يتعرض لها في كتاب «الهبة».

واعلم أن هذا الحكم على شدة اضطرابه يأتي في مسائل صرح بها الرافعي وغيره .

منها :الإجارة .فإذا انقضت المدة والبناء والغراس باقيان ولم يكونا شرطاً إبقاءً ولا قلعاً، فهو كالعارية.

ومنها :الشفعة. فإذا بنى المشتري أو غرس، ثم أخذ الشفيع بعد ذلك، فحكمه حكم المعير فيما تقدم.

ومنها: المفلس، فإذا اشترى أرضا وبنى فيها أو غرس، ثم حجر عليه بالإفلاس قبل وفاء ثمنها، فأراد البائع الرجوع فيها وامتنع الغرماء والمفلس

من القلع، فيكون البائع مخيراً بين التملك والقلع مع غرامة الأرش.

ومنها: الهبة وقد تقدم الكلام فيها.

فإن قيل: كيف يتصور ذلك في الشفعة، مع أن المشتري إذا تصرف بالبناء أو الغراس قبل القسمة، فإن الشفيع يقلع ذلك مجاناً، لأنه تصرف بغير إذن شريكه، وإن كان بعد القسمة فلا شفعة؟.

قلنا: قال الأصحاب: يتصور في مسائل:

إحداها: أن يوكل في القسمة من شركائه فيقاسم للوكيل من المشتري، ثم يطلع بعد ذلك على الحال.

الثانية: أن يدعي المشتري أنه ملكه بهبة أو بثمن كبير، فيقاسمه الشفيع ثم يبني المشتري في ملكه، ثم يطلع الشفيع بعد ذلك فيأخذ.

وهذه المسألة الشديدة الاضطراب الواقعة في أبواب قد نص عليها الشافعي في «الأم» فقال: في كتاب اختلاف العراقيين في باب العارية ما نصه:

قال الشافعي: فإذا أعار الرجل الرجل بقعة من الأرض يبني فيها بناء فبناه، لم يكن لصاحب البقعة أن يخرجه من بنائه حتى يعطيه قيمته.

وذكر أيضا مسألة الشفعة في الكتاب المذكور.

فقال في باب الشفعة ما نصه:

قال الشافعي: وإذا اشترى رجل نصيباً من دار، ثم قاسم فيه وبناه، ثم طلبه الشفيع بالشفعة قيل له: إن شئت أد الثمن الذي اشتراه به، وقيمة البناء اليوم، وإن شئت فدع الشفعة؛ لا يكون له إلا هذا.

ونص أيضا في الكتاب المذكور على مسألة الهبة في باب الصدقة والهبة فقال: فيما إذا وهب نصف دار هبة تقتضي الرجوع، فبنى الموهوب له ثم

رجع ما نصه: ويقال له: إن أعطيته قيمة البناء أخذت نصف الدار والبناء، كما يكون لك وعليك في الشفعة.

فاعلم أن هذه المسائل قد وقع في الكلام عليها في «التنبيه» و«المحرر» و«المنهاج» شيء غريب، وذلك أن هذه الكتب قد وقع فيها في هذا الباب، أن المستعير مخير بين الإبقاء بأجرة والقلع مع ضمان الأرش لا غير.

أما في «المحرر» و«المنهاج» فبالتصريح.

وأما في «التنبيه» فعلى ما فهمه الشارحون وهذا المذكور في المختصرات، لم يذكره مصنفوها في أصولهم من هذا الباب، فضلاً عن تصحيحه فلم يذكره الشيخ في «المهذب»، وإن ذكره في «التنبيه»، ولا الرافعي في هذا الكتاب وإن ذكره في «المحرر» ولا النووي في «الروضة» وإن ذكره في «المنهاج»، لأنهم حكوا في المسألة ثلاثة أوجه كما تقدم وليس المجزوم به ههنا واحداً منها.

وقد ذكر في «التنبيه» مسألة الشفيع على الصواب، وليست في «المنهاج»، وذكر في «المنهاج» مسألة المفلس على الصواب وليست في «التنبيه»، وتلك اتفاقات غريبة.

قوله: والثاني أن أبا حنيفة والمزني جوزا له القلع مجاناً إذا رجع بعد المدة ذهاباً إلى أن فائدة بيان المدة القلع بعد مضيها، وهو اختيار القاضي الروياني. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على نقل اختيار ذلك عن الروياني، وهو غلط مخالف لما في «البحر» و«الحلية».

أما «البحر» فقد صرح فيه بتخطئة ما قاله المزني.

وأما في «الحلية» فإنه صحح فيها أيضا خلافه.

فقال: فلو كانت العارية مؤقته، فالحكم كما لو كانت مطلقة في أظهر

القولين.

واختـيار المزني فيـها أن له مطالبتـه بالقلع عند انقضاء المدة بلا ضـمان لفائدة التأقيت وهو الاختيار للمزني، هذا لفظه وكأن إعادة الإختيار المنسوب إلى المزني، مع عدم مراجعة «البحر»، هو الذي أوقع الرافعي في الغلط.

وإنما أعـاده الروياني، لأنه تقدم منه نقـل نظيره عن المزني، فكأنه قـال وهو الإختيار المعهود منه الذي سبق ذكره.

قوله: ولو امـتنع المعير من إخـتيار شيء مما خـيرناه فيـه لم يكن له القلع مجاناً ثم قال وما الذي يفعل؟

قال بعضهم :يبيع الحاكم عليها ليفصل الأمر.

وقال الأكثرون: يعرض الحاكم عنهما حتى يختارا شيئا. انتهى كلامه.

وتعبيره بقوله حتى يخـتارا أي بالألف وقع كذلك في أكثر نسخ الرافعي وفي «المحرر» و«المنهاج» والصواب حذفها لأن اختيار المعير وحده كاف.

وقد حذفها النووي في «الروضة».

قوله: قال المتولي: إذا بنى أحد الشـريكين أو غرس في الأرض المشتركة بإذن صاحـبه، ثم رجع صاحـبه لم يكن له القلع بأرش النقص لأنه يتـضمن قلع بناء المالك في ملكه وليس لـه أن يتملك بالقـيمة لأن للبـاني في الأرض مـثل حقـه لكن ليس له الإبقـاء بأجرة. فـإن لم يبذلـها الثـاني، فهل تبـاع أو يعرض عنها فيها ما سبق. انتهى.

اعترض في «الروضة» على كلام المتولـي فقال: هكذا قاله المتولي، فإن لم يبذلـها الثاني وكـان ينبغي أن يقـول: فإن لم يرض بهـا المعيـر، فإنا إذا جوزنا للمالك اختيار خصلة فاختارها أجبرنا المستعير عليها.

وفي هذه الصورة قـد جوزنا للمالك اختـيار الإجارة، لانحصـار الأمر فيها، بخلاف ما إذا كانت الأرض كلها للمعير.

والذي قاله اعتراض صحيح ،غير أنه قال :إن بذل الثاني ليس بشرط على المختار كما تقدم.

وحكايته للخلاف مع ترجيح إجابة المعير غلط؛ لأن الخلاف محله فيما إذا أعار جميع الأرض، ولكن الصحيح عدم الإجبار على الأجرة، بل التخيير بين الخصلتين فقط.

ومسألتنا هذه وإن كان يجبر على الأجرة إن لم يقلع، لكن لا خلاف فيها.

واعلم أن طريقة المتولي التخيير بين شيئين فقط ،وهما :التملك بالقيمة، والقلع بغرامة الأرش.

وذكر ابن الصلاح في «فتاويه» أن للشريك أن يتملك بالقيمة من البناء بقدر حصته من الأرض ويصير البناء مشتركاً بينهما، كاشتراكهما في الأرض.

وقد ذكر في «التتمة» في كتاب الشفعة فرعاً يخالف ما ذكره هنا فقال: إذا كانت أرض بين ثلاثة استأجر أحدهم نصيب أحد شريكيه مدة معلومة ليبني ويغرس، واشترى نصيب الآخر ثم بنى في الأرض وغرس، فله ذلك.

وشفعة الشريك الذي أجر ولم يبع فائتة فإذا طلب الشفعة لم يكن له أن يقلع البناء والغراس مجاناً لكنه بالخيار إن شاء أقره بأجرة، وإن شاء قلع وغرم النقص وإن شاء تملك عليه بالبدل.

كما ذكرنا في من استعار أرضاً ليبني فيها أو يغرس، ثم رجع المالك هذا كلامه.

قوله: ولو أعاره للفسيل إلى آخره.

هو بفاء مفتوحة، وسين مهملة مكسورة وياء بنقطتين من تحت، هو

صغار النخل ويقال له الفسيلة، أيضا قاله الجوهري.

قوله: ولو حـمل السيل ما لا قـيمة له كنواة واحـدة أو حبة فنبـتت فهي لمالك الأرض في وجـه، لأن التقـويم حاصل في أرضـه، ولمالك الأصل في وجه، لأنها محرمة الأخذ .انتهى.

والأصح: الثاني كـما قاله في «الـروضة» قال: وهذا في حـبة ونواة لم يعرض عنـها مالكهـا، أما إذا أعـرض عنها وألقاها فـينبغي القطع بـكونها لصاحب الأرض.

قـوله: إحداها: إذا قـال راكب الدابة لمالكهـا :أعرتني هذه الدابة، وقـال المالك: بل أجرتكها فله حالتان:

إحداهما: أن تكون الدابة باقية، فإن كـان الإختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجرة فقولان:

أصحهمـا: تصديق المالك، ثم استدل عليه فقال: كـما لو اختلفا في عين مال فـقال المـالك بعتكهـا، وقال من هي في يده: وهبـتهـا، فإن المصـدق هو المالك، هذا لفظه.

واعلم أن ما ذكره في الاستدلال قد أوضحه في التحالف.

فقال مـا حاصله: إن الصحيح أنـه لا يقدم قول واحد بخـصوصه، بل يحلف كل منهما على نفي ما يدعي عليه.

وقيل :يصدق مدعي الهبة، وقيل: يتحالفان.

إذا علمت ذلك علمت أن ما قاله هنا لا يستقيم، فإن مقتضي الحكم بأن القول قول البائع إجبار المشتري على أخذ السلعة بما ادعاه من اليمين.

وأقرب تأويل فيه، أن يقال المراد تصديق المالك في نفي كونه هبة لا في إثبات ما يدعيه لكنه تأويل بعـيد، ومع بعده يصح أن يقال أيضا: إن القول قول الآخر، وهو مدعي الهبة، إذا نظرنا إلى هذا المعنى.

قوله: الحالة الثانية أن تكون الدابة هالكة، فإن تلفت عقب الأخذ قبل أن

يثبت لمثلها أجرة، فالراكب نفر بالقيمة، والمالك ينكرها ويدعي الأجرة، فيخرج على الخلاف الذي تقدم في أن اختلاف الجهة هل يمنع الأخذ؟ إن قلنا: نعم، إلى آخر التفريع الذي ذكره.

وما ذكره هنا ـ رحمه الله ـ غلط ظاهر، تبعه عليه في «الروضة»؛ لأن المسألة قد صورها بما إذا كان التلف قبل مدة لمثلها أجرة وحينئذ فكيف يستقيم الجواب، بأن يقال: المالك يدعي الأجرة وينكر للقيمة.

والراكب بالعكس، ويتخرج على الخلاف في إختلاف الجهة؟.

وكلام الرافعي قد سقط منه شيء يعلم من «التهذيب» للبغوي.

فإنه قال: ولو كان هذا الاختلاف بعد تلف العين نظر: إن تلفت حال أخذها قبل مضي مدة لمثلها أجرة فالراكب يقر له بالقيمة [وهو ينكر فتزيد برده، ولو تلفت بعد مضي مدة لها أجرة فالمالك يدعي الكراء وهو يقر بالقيمة](١) فهذا ينبني على أن اختلاف الجهة إلى أخره.

هذا لفظ «التهذيب» فسقط ذلك له إما لانتقال نظره أو لوقوع نسخة سقيمة حصل فيها ذلك.

قوله: من «زياداته»: قال أصحابنا: الرد الواجب والمبري هو أن يسلم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك، فلو رد الدابة إلى الإسطبل أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه لم يبرأ من الضمان. انتهى.

وهذا الذي ذكره هنا مخالف لما ذكره الرافعي في الغصب وتابعه هو عليه.

فإنه قال نقلا عن المتولي من غير اعتراض عليه: وإذا رد الدابة إلى إسطبل المالك قال المتولي: بريء أيضاً إذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره، ولا يبرأ قبل العلم والإخبار.

---

(١) سقط من أ.

كتاب الغصب

وفيه بابان:

الباب الأول: في الضمان

وفيه ثلاثة أركان: الأول: الموجب.

قوله: وللأصحاب رحمهم الله في التعبير عن معنى الغصب عبارات.

إحداها: أنه أخذ مال الغير على جهة التعدي.

ثانيها: الاستيلاء على مال الغير بغير حق، هذه أعم من الأولى، لأن من استعمل ثوبا لغيره يظنه لنفسه، فإن الغصب يثبت في حقه مع إنتفاء العدوان وهو الإثم.

ثالثها: كل مضمون على ممسكه مغصوب.

وهذه أعم من الأولين، ويدخل فيها المقبوض بالشراء الفاسد، والوديعة إذا تعدى فيها المودع، والرهن إدا تعدى فيه المرتهن. وأشبهها وأشهرها العبارة الأولى، والثابت في الصور المذكورة إنما هو حكم الغصب لا حقيقته. انتهى ملخصا.

فيه أمور:

أحدها: أن المودع إذا تعدى فقد انفسخت الوديعة، وحرم عليه الاستيلاء عليها وصار ضامنا، فقد ثبت فيها حقيقة الغصب [بخلاف المرتهن فإن الثابت فيه إنما هو حكم الغصب][1] وهو الضمان، وأما الاستيلاء فثابت له

---

(١) سقط من أ.

لبقاء الرهن.

الأمر الثاني: أن تعبيره في العبارة الثانية بقوله: بغير حق ؛إن أراد بالحق ما وجب له كالمستأجر ونحوه فيلزم فسادها.

وأن تكون الثالثة أعم منها لدخول الوكيل والمستعير، والمودع وغير ذلك.

وإن أراد بالحق الجائز فلزم أن لا تكون أعم من العبارة الأولى بل مساوية لها.

وقد ذكر في «المطلب» هذا الاعتراض وأقره ، [وأقرب][(١)] شيء فيه أن يقال: إن أراد بالحق المسوغ في نفس الأمر وحينئذ فلا اعتراض.

الأمر الثالث: أن التعبير بالمال مخرج للاختصاصات كجلد الميتة والسرجين وحق التحجر، ونحو ذلك.

وقد ذكر في «الروضة» هذا الاعتراض ثم قال بعده: والاختيار: أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق هذا لفظه.

وتعبيره بقوله: بغير حق ذهول ، والصواب : عدواناً ، فقد تقدم الفرق بينهما وموافقته عليه، وإنما نقصد الانتقاد على من عبر بالمال.

قوله: والإتلاف أيضاً مضمن، وقد يكون بالمباشرة، وقد يكون بالتسبب.

ثم قال : ومن التسبب الإكراه على إتلاف مال الغير. انتهى.

واعلم أن المكرِه يعني الأمر، وإن كان يجب عليه، لكن ينبغي أن يتفطن إلى أن المتلف يطالب أيضاً على الصحيح، كما ذكره في الجنايات في الكلام على الإكراه على القتل .

ثم إذا غرم فيرجع به على المكرِه على الصحيح أيضاً.

قوله: أما إذا كان جامداً وشرقت الشمس فأذابته إلى آخره.

---

(١) في جـ : وأقل .

يقال: شرقت الشمس تشرق بالضم شروقاً وشرقاً إذا طلعت، كما تقول مثله في غربت وهذا هو المراد هنا، وأشرقت إشراقاً إذا أضاءت.

قـوله: ولو فتـح قفـصـا عن طائر فطار في الحـال فطريقـان، أظهرهمـا: قولان:

أصحهما :الوجوب.

والثانيـة : يجب قطعاً ، وقيل: إن اضطرب ثم خرج وجـبت، وإن خرج من غير إضطراب لم تجب.

وإن وقف ثم طار فطريقان أيضا.

أظهرهما: القطع بعدم الضمان.

والثانيـة: على قولين، واخـتار جـماعة الضـمان مطلقـاً. منهم الروياني. انتهى ملخصاً.

اختصره في «الروضة» بقوله: فثلاثة أقوال:

أظهرها: إن طار في الحال ضمن، وإلا فلا.

والثاني: يضمن مطلقاً.

والثـالـث: لا يضمن مطلقاً، هذا لفظه من غيـر زيادة عليه، وفيه خلل من ثلاثة أوجه:

أحدها: في إسقاط الوجه المفصل بين أن يضطرب أم لا.

وثانيها: في إسقاط الطريقين.

وثالثـهـا: أن جزمـه بحكاية الخلاف فيمـا إذا وقف ثم طار، عكس ما صححه الرافعي، فإن الصحيح فيه طريقة القطع.

واعلم أن ما نقله الرافعي عن اختيار الروياني صحيح، لكنه في «الحلية» فتفطن له.

وأما في «البحر» فعكس حتى بالغ فقال: إنه غلط.

قوله: ولو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت، فلا ضمان لأنه لم يتصرف في المال ،كذا قالوه، ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما قصد حبسه فأفضى إلى إهلاكها، لأن المتولي قال: ولو كان له زروع ونخيل، وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم عن السقي حتى فسدت ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع. انتهى كلامه.

واعلم أن الأصح في مسألة الزق :أنه يضمن: لكن الأصح ههنا في المنع من السقي وشبهه كالمنع من الرعي :عدم الضمان، والفرق عدم التصرف في المال، قاله في «الروضة».

قوله: وبطرد هذه القاعدة ذهب بعضهم إلى أنه إذا غصب هادي القطيع فتبعه القطيع، أو البقرة فتبعها العجل، يضمن القطيع والعجل. انتهى كلامه.

لم يذكر في هذه المسألة غير هذه المقالة وقد أعاد المسألة في كتاب السرقة، وحكى فيها وجهين من غير ترجيح.

وتبعه عليه في «الروضة».

قال في «المطلب»: والراجح هو: الضمان ، قال: ويشهد له قول الأصحاب أنه إذا كان في يده دابة وخلفها ولد فأتلف شيئاً ضمنه كما يضمن ما تتلفه أمه، فلو لم يكن في يده لم يضمنه.

إذا علمت ذلك فقد صحح النووي في أصل «الروضة» هنا أنه لا يضمن القطيع والعجل، فأعلم ذلك.

قال في «المطلب»: الذي يظهر فيما إذا غصب أم النحل فتبعها النحل أنه يضمنه وجهاً واحداً لاطراد العادة بتبعه لها، والنحل هنا :بالنون والحاء المهملة.

والهادي: بالدال المهملة هو: الذي يمشي أولها فتتبعه.

قوله في أصل «الروضـة» : فرع لو نقل صبيًـا حراً إلى مسبـعة فافتـرسه سـبع فلا ضـمـان هذا هو المذهب والمعروف في كـتب الأصـحاب ، وذكـر الغزالي فيه وجهين، وليس بمعروف . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحـدهـمـا: أن إنكاره هذين الوجهين غـريب لم يذكره الرافعي، فـقد حكاهما الإمام في كتاب الجنايات، والغريب أن الرافعي نقلهما عنه هناك في أول الطرف الثاني المعقود لاجتماع العلة، والشرط.

فإنه قد ذكر المسألة هناك وبسطها فراجعها.

ولما اختصر النووي كلام الرافعي هناك عبر بالأصح.

واصطلاحه في هذا اللفظ أنه للخلاف القوي .

وأغـرب من هذا أن الشـيخ قد جـزم في «المهـذب» بأنه إذا ألقى حـراً مشدوداً في مسبعة فقتله السبع، وجب فيه دية شبه العمد فانظر إلى الكتاب وشهرته والمفروض فيـه الحكم، وهو الرجل والواجب وهو دية شبه العمد؛ وكيفية الجواب وهو الجزم لا التردد.

الأمـر الثـاني: أن الوجهين في الصـبي محلهـما إذا لم يقدر على الحـركة والانتقال من الموضع ، فإن قدر فلم يفعل، فلا ضمان على الواضع كما لو فتح عرقه فلم يعصبه حتى مات كذا قاله الرافعي هناك.

قوله: لكن لو ركب دابة الغـير، أو جلس على فراشـه، ولم ينقله فأصح الوجهين أنه يكون غاصباً.

ثم قال: ويشبه أن تـكون المسألة مصورة فيما إذا قـصد الراكب والجالس الاستيلاء ، أما إذا لم يقصده ففي «التتمة» أن في كونه غاصباً وجهين. انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما: أن صاحب «التتمة» إنما حكى الوجهين في كونه ضامناً، ولم يحكهما في كونه غاصباً.

بل لا يصح منه حكايتهما في ذلك، فإنه قد صرح بعد هذا بأن شرط الغصب في المنقولات حصول الاستيلاء، فإن لم يوجد لم يكن غاصباً، وإن وجد الضمان، فقال: لو كان بين يديه شيء من المنقولات فأخذه إنسان لينظر هل يصلح له ليشتريه أو ليعمل لنفسه مثله، وتلف في تلك الحالة ضمنه.

ولو دخل داراً لينظر هل تصلح له ليشتريها أو يبني لنفسه مثلها فانهدمت في تلك الحالة لا ضمان عليه على الصحيح.

قال: وهذه المسألة تعلقت بها الحنفية في أن الغصب هو النقل، وليس الموجب [هو][1] التفرقة، قالوا: لأنا لا نقول: إن الضمان الثابت في المنقولات ضمان غصب؛ لأن ضمان الغصب ضمان عدوان.

وإذا لم يقصد منع المالك لا يوصف بالعدوان ولكن قبض ارتفاق.

وما نقله عن المتولي في رفع المنقول من الضمان قد نقله عنه أيضاً الرافعي بعد هذا بقليل وسنذكره، ونذكر أن المشهور خلافه.

الأمر الثاني: أن الرافعي لم يصحح شيئاً فيها إذا لم يقصد الاستيلاء كما تقدم، بل كلامه يشعر بأن الصحيح أنه ليس بغاصب، فإنه قد غاير بين المسألتين في الحكم مع اشتراكهما في الوجهين.

وقد اختصر النووي في «الروضة» ذلك على غير وجهه، وصحح أنه غاصب مطلقاً.

فقال: أصحهما أنه غاصب سواء قصد الاستيلاء أم لا.

قوله: في المسألة قال: يعني صاحب «التتمة»، وهذا إذا كان المالك غائباً،

---

(١) سقط من أ، ب.

أما إذا كان حاضراً فأزعجه ، وجلس على الفراش ضمن وكذا إن لم يزعجه، وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه.

وقياس ما سيأتي في نظيره في العقار، أن ألا يكون غاصباً إلا لنصفه. انتهى كلامه.

وما ذكره الرافعي بحثاً، وتابعه عليه في «الروضة» قد صرح به القاضي الحسين لكن فيما إذا كان المالك [يزجره فلم ينزجر وهي فرد مما دخل في كلام الرافعي][1] والباقي مثله أيضا.

قوله: وإن دخل الدار لا على قصد الاستيلاء، ولكن لينظر هل تصلح، أو ليتخذ مثلها لم يكن غاصباً.

قال في «التتمة» : لكن لو انهدمت في تلك الحالة، هل يضمنها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم ،كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه أو مثله فتلف في تلك الحالة يضمنه.

وأصحها : لا ، بخلاف المنقول، وفرق بينهما بأن اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة، وعلى العقار حكمية، فلابد في تحقيقها من قرينة قصد الاستيلاء .

وهذا الفرق كأنه راجع إلى الأصح، وإلا فوجهان في المنقول على ما سبق، انتهى كلامه . فيه أمران:

أحدهما: أن ما قاله المتولي من الضمان في رفع المنقول خلاف المعروف. فقد خالفه فيه القاضي الحسين في «تعليقته» فقال: لو رفع كتاب شخص من بين يديه إن قصد الاستيلاء ضمن، وإن قصد أن ينظره ويرده في الحال لم يضمن، وإن خطا به خطوات ضمن.

---

(١) سقط من أ .

وكذلك الإمام فقال: إذا رفعه لينظره لم يضمن على المذهب الظاهر.

وتبعه الغزالي في «البسيط».

فقال: إنه ظاهر المذهب، وذكر البغوي في «فتاويه» ما يوافقه.

وطرد الإمام والغزالي ذلك في النقود المغصوبة التي يتناولها الصيارفة للنقد وكأن مأخذه أن العرف يقتضي ذلك، فلا يعد استيلاء بخلاف الركوب ونحوه.

نعم: ذكر القاضي الحسين في «فتاويه» أن الفتوى على وجوب الضمان.

ورأيت في ما وقفت عليه من «تعليقته» في الغصب أنه إذا خطا به خطوات لا يقصد الاستيلاء فإنه لا ضمان على خلاف النقل الأول عنه فينبغي تحريره من نسخ.

الأمر الثاني: أن قول الرافعي في الكلام على ما قاله صاحب «التتمة» وإلا فالوجهان إلى آخره لا يستقيم، فإن الوجهين السابقين في كلام الرافعي، إنما هما في كون ذلك غصباً وهما في كلام «التتمة» في الضمان.

قوله: وقول «الوجيز» : وكل يد أثبتت على ؛ هكذا يوجد في الأكثر، وتقرأ لكن الابتناء متعد كالبناء.

فالوجه أن يقال ابتنت فقد تستعمل اللازمة الابتناء فيمكن أن تراعي الصورة، وتقرأ ابتنت .انتهى كلامه بحروفه.

وتقريره مشكل.

قوله: ولو زوج الجارية المغصوبة عند الزوج، ففي مطالبة الزوج بالقيمة طريقان:

قيل: هو كالمودع.

ومنهم من قطع بأنه لا يطالب لأن كون الزوجة في حيالة الزوج، ليس

لكون المال في يد صاحب اليد.

قال في التهذيب: وهو المذهب . انتهى كلامه.

والصحيح طريقة القطع كما قاله في «التهذيب» كذا صححه النووي في أصل «الروضة».

قوله: ولو قال الغـاصب للمالك][(١)] أعتقه عني ففعل جاهلاً، ففي نفوذ المعتق وجهان إن نفذ ففي وقوعه عن الغاصب وجهان:

قال: في «التتمة» الصحيح المنع. انتهى كلامه.

والصحـيح في المسألة الأولى هـو النفوذ كمـا هو مقـتضى كـلامه في «الشرح الصغير» فتأمله.

والصحيح في الثـانية ما قاله صـاحب «التتمة» كذا صـححه النووي في أصل «الروضة».

(١) في جـ : المالك للغاصب .

الركن الثاني «في الموجب فيه»

قوله: ولا تراق خمور أهل الذمة إلا إذا تظاهروا بشربها أو ببيعها. انتهى كلامه.

وتقييده بالشرب والبيع تابعه عليه في «الروضة» أيضا، وكذلك هو في «المحرر» و«المنهاج» والصواب ما ذكره في «المطلب» و«الكفاية» وهو الإظهار من غير تقييد، حتى يتناول الهبة والنقل وغيرهما، وتلك علة إطلاق الرافعي وغيره في باب عقد الجزية، أنهم يمنعون من إظهار المنكر.

وقد سكت الرافعي - رحمه الله - وكذلك النووي من إراقة النبيذ في حق المسلم والكافر، لأن الأكثرين كما قاله الرافعي في حد الخمر أنه لا يطلق عليه اسم الخمر إلا مجازاً.

وقد بين الماوردي في «الأحكام السلطانية» حكمه فقال: ينهى متولي الحسبة عن المجاهرة به، ويزجر عليه ولا يريقه عليه، إلا أن يأمر بإراقته حاكم من أهل الإجتهاد لئلا يتوجه عليه الغرم لأنه عند أبي حنيفة مال.

واعلم أنه حيث جازت الإراقة جاز كسر الأواني إذا لم يقدر على الإراقة إلا بذلك.

قال في «الإحياء» : وكذلك لو كانت في قوارير ضيقة الرؤوس، ولو اشتغل بإراقتها لأدركه الفساق ومنعوه.

قال: ولو لم يخف ذلك لكن كان يضيع فيه زمانه ويتعطل شغله فله كسرها.

قال: وللولاة كسر الظروف التي فيها الخمور زجراً وتأديباً دون الآحاد، وقد فعل ذلك في زمنه عليه الصلاة والسلام، هذا كلام الغزالي، وهو من النفائس المهمات.

قوله: وآلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرهما لا يجب في إبطالها

شيء لأنها محرمة الاستعمال. انتهى.

واعلم أن آلات الملاهي فيها ما لا يحرم كالدف، وكذا الشبابة على رأى الرافعي، وحينئـذ فلابد من استثنائه ، والبـربط ببائين موحدتين مفـتوحتين وراء وطاء مهملتين.

قال ابن الأثير: هو ملهاة تشبه العود، وهو فارسي معرب.

والطنبور بطاء مهـملة مضمومة مـعرب أيضاً الطناجيـر بكسر الطاء لغة فيه، قاله الجوهري.

قوله: فـرع: قال في «التـتمة» لو نقل حـرًا صغـيراً أو كبـيراً بالقـهر من موضعه إلى موضع آخر فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء عليـه، وإن كان واحتـاج إلى مؤنة فـهي علي الناقل لتعـديه. انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» أيضـاً، وما ذكره المتولي قد خالفـه فيه القاضي الحسين في «تعليـقته» فقال: إنه لا يجب إلا إذا كـان النقل إلى برية مهلكة فعليه رده إلى العـمران حسبة من حيث الأمـر بالمعروف، ولا يختص به بل جملة المسلمين فيه سواء هذا كلامه. وذكر إمام الحرمين مثله أيضا.

فقـال: ولا يجب علي ناقل الصبي رده إلى المكان الـذي أخذه منه، بل يجب على كل من عرف ذلك مطلقاً أن ينقذه بنقله إلى مأمن.

وهل يرجع عليـه بمؤنة نقله، فيـه خلاف كـالخلاف في اتخـاذ المضطر الطعام هذا كلامه.

قوله: وحـيث كان الصيـد للمالك كـصيد العـبد، ففي وجـوب الأجرة لزمان الاصطياد وجهان:

أشبـههما الوجـوب لأنه ربما كان يستـعمل في غيـر ما استعـمل به، فلا تدخل الأجرة فيما اكتسبه انتهى.

والوجهان محلهما فيما إذا لم تنقص قيمة الصيد عن الأجرة، فإن نقصت وجب الناقص قطعاً كذا نبه عليه النووي من «زياداته» وهو واضح.

واعلم أنه إذا كان أغلى منافع العبد هو الاصطياد، فإن الواجب هو أجرته دون ما عداه من صنائعه.

كذا قاله الرافعي قبل هذا، وحينئذ فيشكل الجمع بين الاصطياد والأجرة.

قوله: سنذكر أن المغصوب إذا تعذر رده بإباق يغرم الغاصب قيمته للحيلولة، ويلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة التي تمضي قبل بذل القيمة، وفيما بعده وجهان:

أحدهما: أنها لا تجب ؛لأن القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب فكأن المغصوب عاد إليه.

وأصحهما الوجوب. انتهى كلامه.

قال الماوردي: في «الحاوي» وهذا إذا لم يستعمله غير الغاصب في تلك المدة فإن استعمله غيره، ضمن الأجرة للمغصوب منه وجهاً واحداً.

وما قاله فائدة حسنة ينبغي التفطن لها فإن كلام المصنف ربما يوهم خلافها.

الركن الثالث «في الواجب»

قوله: فـإن أظهر العـبارات في حد المثلى هي العـبارة الثـانية، وهي: كل مقدر بكيل أو وزن، ويجوز السلم فيه، لكن الأحسن أن يقال :المثلى: كل ما حصره الكيل أو الوزن ويجوز السلم فيه.

ولا يقال كل مكيل أو موزون، لأن المفهوم منهـما ما يعتاد كيله أو وزنه، فيخرج عنه الماء والتراب وهما مثليان . انتهى كلامه.

ومـا ادعاه الرافـعي من أن الأحسن هو التـعبـير بما حـصره إلى آخـره مردود؛ لأنا نقـول : قولهم :كل مـقدر بكيل أو وزن لا يتعين حـمله على الاعتـياد حـتى يرد ما قاله، بل المراد مـنه ما لو قدر لكان يقـدر بالكيل أو الوزن حـتى يخرج المـذروع والمعدود والماء والتـراب إذا قـدرا فإنما يقـدران بذلك.

ونزيد على هذا فنقـول : لو لم يكن المراد ما قلناه لكانت عـبارته التي اختارها غير مستقيمة أيضا، لأن قوله :ما حصره وزن ؛ إن أراد به ما أمكن وزنه، فكل مال كذلك.

وحينئذ فيـجب تفسيره بما قلناه، وإذا آل الأمر إليه وجـب حمل العبارة المشهورة عليه واندفع الاعتراض الحامل على العدول عنها إلى غيرها.

قوله: وينشـأ من اختلاف العبـارة الخلاف في الصفر والنحـاس والحديد والآنك وفي القطن والعنب والرطب، وسائر الفواكـه الرطبة، والأظهر: أنها جميعاً [مثلية](1) انتهى ملخصاً.

فيه أمور:

أحـدها: أن الآنك بهمزة مفتوحـة ممدودة، نون مضمومة وكاف هو: الرصاص ووزنه أفعل كأفلس.

---

(١) في ب : رطبية .

قال الجوهري: ولم يجيء على هذا الوزن من الواحد إلا هذا و«آشد».

والصُّفر: بضم الصاد، وأبو عبيدة يقوله بالكسر.

الثاني: أن ما ذكره في القطن لا فرق فيه بين منزوع الحب وبين غيره، ولم يستحضر في «المطلب» ما قاله الرافعي هناك.

فقال: أعتقد أن محله بعد إخراج حبه منه أما قبله فيظهر القطع بأنه متقوم.

الثالث: أن ما رجحه هاهنا في الرطب والعنب قد ذكر في موضعين من زكاة المعشرات ما يخالفه فقال في الكلام على ما إذا أتلف المالك الثمرة بعد الخرص ما نصه: فإن قلنا: الخرص غيره فيضمن لهم قيمة عشر الرطب أو عشر الرطب؟

فيه وجهان مبنيان على أن الرطب مثلى أو متقوم، والذي أجاب به الأكثرون إيجاب القيمة، وهو المذكور في الكتاب، لكن الثاني هو المطابق لقوله في الغصب.

والأظهر أن العنب والرطب مثلي. انتهى كلامه.

وذكر قبله بنحو ورقتين مثله أيضا وزاد عليه فنقله عن نص الشافعي.

وحينئذ يكون المفتى به أنه متقوم لتنصيص الشافعي عليه، وذهاب الأكثرين إليه. وأما الذي قاله فقد زيفه الغزالي، ولهذا عبر بالأظهر، كما عبر به هو ووقع هذا الاختلاف في «الروضة» وفي «الشرح الصغير» غير أن ذكر فيه هناك وفي «التذنيب» أن الأولى بالترجيح أنه مثلي وعليه اقتصر في «المحرر» وهو مردود لما قلناه.

قوله: وأما الحبوب والأدهان والألبان والسمن والمخيض والخل الذي ليس فيه ماء فهي مثلية بالاتفاق. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ادعاه من الإتفاق في السمن واللبن ليس كذلك ففي «البحر» أنهما كالسكر ، والسكر فيه خلاف مشهور منشأه: الخلاف في جواز السلم فيه، وفي جواز بيع بعضه ببعض.

الأمر الثاني: أن ما ذكره في الخل يقتضي أن خل التمر ليس بمثلي لما فيه من الماء.

وقد صرح به بعد هذا بنحو ثلاثة أوراق في أثناء قوله: قال: ولو اتخذ من الرطب تمراً، فقال: وأما القسم الثاني وهو أن يكون مثلياً ثم يصير متقوماً كما لو غصب تمراً فاتخذ منه الخل بالماء فإن كان المتقوم أكثر قيمة غرمها وإلا غرم المثل، وقيل: يغرم المثل مطلقا. انتهى ملخصاً.

وما ذكره ههنا واقتضاه كلامه السابق، من كونه متقوماً ليس كذلك، فإن الصحيح على ما ذكره في كتاب السلم جواز السلم فيه.

وحينئذ فيوجد فيه الضابط المذكور للمثلي والذي أوقع الرافعي في هذا الاختلاف أن طريقة الإمام أنه لا يجوز السلم فيه فمثل به ههنا على قاعدته.

فتابعه عليه الرافعي ذاهلاً عما قاله في السلم من مخالفته لكلام الأكثرين.

قوله: والدراهم والدنانير الصحاح مثلية لكن قضية العبارة الثانية إثبات خلاف فيها ؛لأن في السلم فيها اختلافاً تقدم، وأيضا فإنهم جعلوا المكسرة على الخلاف في التبر لتفاوت القراضات في الجرم، ومثل ذلك يفرض في الصحاح فيلزم مجئ الخلاف فيها. انتهى كلامه.

وما ادعاه من مجيء الخلاف مردود، وقد أجاب ابن الرفعة في «المطلب» عن الأمرين فقال ما حاصله: أما الأول فإن من لا يرى جواز السلم فيها، قد لا يشترط في المثلى صحة السلم فيه.

وأما الأمر الثاني: فلأن الرواج لا يختلف بكون الدرهم الصحيح صغيراً أو كبيراً بخلاف القراضة، وقد ذكر في «الروضة» أيضاً ما يوافق هذا فقال: الصواب المعروف الذي قطع به الأصحاب أنها مثلية.

قوله: وإذا غصب مثلياً وتلف في يده والمثل موجود فلم يسلمه حتى فقد أخذت منه القيمة.

وفي القيمة المعتبرة عشرة أوجه:

أحدها: أقصى قيمة من الغصب إلى التلف.

والثاني: من وقت تلف المغصوب إلى إعواز المثل.

والثالث: وهو الأصح من يوم الغصب إلى إعواز المثل.

والرابع: أقصاها من وقت الغصب إلى وقت تغريم القيمة.

والخامس: أقصاها من وقت انقطاع المثل إلى وقت المطالبة بالقيمة.

والسادس: أقصاها من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة.

والسابع: قيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب.

والثامن: قيمة يوم الإعواز.

والتاسع: قيمة يوم المطالبة، وقيل يبدل لفظ المطالبة والتغريم بالحكم بالقيمة والمرجع بها إلى شيء واحد.

والعاشر: إن كان منقطعاً في جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز، وإن فقد في تلك البقعة فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة.

وفيم علق عن الشيخ أبي حامد أن المعتبر قيمة يوم أخذ القيمة لا يوم المطالبة ولا يوم التلف.

فهذا وجه حادي عشر إن كان ثابتاً.

ثم قال: ولو غصب مثلياً فتلف والمثل مفقود فالقياس أن يجب على

الوجه الأول والثالث أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف.

وعلى الثاني والسابع والثامن قيمة يوم التلف.

وأن يعود الرابع والسادس والتاسع مخالفاً وعلى الخامس أقصى القيم من يوم التلف إلى يوم التغريم.

وعلى العاشر إن كان مفقوداً في جميع البلاد، وجبت قيمته يوم التلف وإلا فقيمته يوم التغريم .انتهى كلامه.

وقد تلخص من كلامه في هذه المسألة الأخيرة ستة أوجه:

أحدها: أقصا القيم من يوم الغصب إلى التلف، وهو الحاصل من الوجه الأول والثالث.

وثانيها: قيمة يوم التلف وهو ما يحصل من الثاني والسابع والثامن.

وثالثها: أقصا القيم من الغصب إلى المطالبة وهو الرابع بعينه.

ورابعها: الأقصا من التلف إلى المطالبة، وهو الحاصل من الخامس والسادس، إذ لا فرق بين لفظ التغريم، ولفظ المطالبة كما سبق من كلام الرافعي.

وخامسها: وهو التاسع قيمة يوم المطالبة .

وسادسها: إن كان مفقوداً في جميع البلاد فقيمة يوم التلف، وإلا فقيمة يوم التغريم، وهذا هو الحاصل من العاشر.

إذا علمت ذلك فقول الرافعي ـ رحمه الله ـ وعلى الخامس أقصا القيم من التلف إلى التغريم يوهم إيهاماً ظاهراً أنها سبعة أوجه وليس كذلك، بل الحاصل منه ستة أوجه وإيهامه من وجهين:

أحدهما: قطعه عن السادس.

والثاني: تعبيره فيه بالتغريم، وتعبيره في السادس، وما ضمه إليه

بالمطالبة فراجعه. ومراد الرافعي ما ذكرناه وهو ستة فقط.

واختلاف اللفظين لا يضر، لأنه قد بين أن المراد منهما شيء واحد.

وأما قطعه عنه فلأن هذا الوجه هو السادس بعينه من غير زيادة عليه بخلاف الخامس فإنه ليس إياه، بل مستفاداً منه.

واعلم أن الوجه الحادي عشر الذي توقف الرافعي في إثباته، قد نقله سليم الرازي في «تعليقه» عن الشيخ أبي حامد والبندنيجي في تعليقه عنه، فثبت إذن هذا الوجه والتفريع عليه لا يختلف، وحينئذ فيتلخص في مسألتنا سبعة أوجه لكن الرافعي لم يفرع عليه لتوقفه فيه، وإنما فرع على العشرة فقط.

وقد استفدنا من ثبوت هذا الوجه منع كون المراد من التغريم والمطالبة شيئاً واحداً.

قوله في «الروضة» من «زوائده»: ، ولو قال المستحق: لا آخذ القيمة، بل أنتظر وجود المثل، فله ذلك، نقله في «البيان» ويحتمل أن يجئ فيه الخلاف، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه، هل يجبر ويمكن الفرق ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل تعين قطعا، هذا لفظه.

فيه أمران:

أحدهما: [أن العمراني فرض المسألة فيما إذا لم يوجد المثل كما يشعر به](1) كلام النووي، وحينئذ فهذا البحث الذي ذكره النووي، وهو تخريجه على الخلاف في امتناع صاحب الحق متوقف على تصويره.

ولم يتقدم له ذكر خلاف في إجبار المستحق بالكلية، حتى ولا عند الانتقال فاعلمه.

---

(١) بياض في أ.

ويحتمل أنه أراد الحق المؤجل، ولكن سقط من لفظه ذلك.

والذي نقله عن «البيان» قد نقله أيضا في «البحر» عن أبي إسحاق.

الأمر الثاني: أن القطع الذي ادعاه في المسألة الأولى صحيح.

وأما في الثانية: وهي ما إذا قارن التلف تعذر المثل فلا.

فقد حكى ابن داوود شارح «المختصر» في باب التيمم وجهاً أنه لو ظفر بالمثل بعد ذلك قبل الطلب، فلا يلزمه إلا القيمة.

قوله: ولو أتلف مثلياً أو غصبه وتلف عنده، ثم ظفر المالك به في بلد آخر فهل يطالبه بالمثل؟ الذي ذكره الأكثرون أنه إن كان مما لا مؤنة لنقله كالنقد طالبه به، وإلا فلا، لما فيه من المؤنة والضرر.

ولكن للمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف وحكى الإمام رداءه وجهين:

أحدهما: يطالبه بالمثل مطلقا.

والثاني: عن رواية الشيخ أبي علي، أنه إن كان قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التلف، أو أقل طالبه بالمثل وإلا فلا.

وذكر أبو عاصم العبادي مثل هذا . انتهى كلامه .

فيه أمران:

أحدهما: أن تعبيره بقوله عن رواية الشيخ أبي علي [صريح في أنه حكاه عن غيره وليس كذلك فقد قال الإمام: وذكر الشيخ أبو علي][1] في اختلاف الأمكنة طريقة في ذوات الأمثال فقال: ما ذكره الشافعي والأصحاب من أن التلف عليه إذا ظفر بمتلف المثلِ في غير مكان الإتلاف، يغرمه القيمة لا المثل ، إنما هو إذا كانت قيمة المكان الذي ظفر صاحب الحق بالمتلف فيه أكثر من قيمة مكان الإتلاف، فلذلك قال الشافعي ما قال فأما إذا

(١) سقط من أ.

استوت القيمة، ولم يتفاوت السعران أو كانت قيمة المثل في مكان اللقاء أقل فيلزمه المثل.

وهذه الطريقة ادعاها الشيخ أبو علي ولم يردد فيها قولاً .

والذي ذكره الأئمة في الطرق إطلاق القول بأن المثل لا يطالب به، في غير مكان الإتلاف من غير تعرض للتفصيل.

ولو كان الحكم مفصلاً عندهم كما ذكره [الشيخ لفصلوه فإن التفصيل في مثل ذلك ليس مما يعزب عنه نظر الناظر على ظهوره، هذا كلام الإمام، وقد تخلص منه أن قول الرافعي: إن الإمام رواه وجهاً غير صحيح][1].

الأمر الثاني: أن هذا الذي قاله الشيخ أبو علي قد جزم به البندنيجي في تعليقه، وكذلك أبو الطيب في تعليقه أيضاً، والماوردي في «الحاوي» وابن الصباغ في «الشامل» وغيرهم.

وقد نقله الرافعي أيضا عن «العبادي»، كما سبق وذكر أبو علي الدبيلي في كتاب «أدب القضاء » له عن الشافعي نحوه، فإنه قال: قال الشافعي: لا، لأنا لو حملناه على المثل لكان في ذلك ضرر وإتلاف مال لاختلاف الأسعار، هذا لفظه. والتعليل صريح في تصوير المسألة واختصاصها بما ذكره الشيخ أبو علي، فقد تظافرت النقول على ما قاله.

وكذلك المعنى، لأن المنع ليس بعيداً بل هو لمعنى وهو الضرر، والضرر مفقود هنا ولم يعارض ما ذكرناه من التصريح والمعنى، إلا إطلاق من أطلق، وحمل ذلك الإطلاق على ما ذكرناه سهل لا مانع منه.

فتلخص أن الحكم كما قاله الشيخ، وأن نقل الرافعي لكلام الإمام موهم، فكان ينبغي أن يقول أطلق الأكثرون، وقيد الشيخ أبو علي وغيره.

---

(١) بياض في أ.

قوله: وإذا أخذ القيمة ثم اجتمعا في بلد التلف، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل؟

فيه الوجهان، فيما إذا غرم القيمة لا إعواز المثل والذي أورده صاحب الكتاب منهما (١) أن عليه المثل وأخذ القيمة، مع أنه جعل الأظهرفي مسألة الإعواز المنع.

وهذا لا وجه له، بل الخلاف في المسألتين واحد باتفاق الناقلين، فإما أن يختار فيهما النفي أو الإثبات. انتهى كلامه.

قال ابن الرفعة في «المطلب»: أما النقل فهو كما قال الرافعي، وأما الفقه فيجوز أن يختلف، ويكون الغزالي لاحظ في إثبات الخلاف في حال تعذر المثل بناءه على أن الواجب قيمة المغصوب أو قيمة المثل.

ورجح أن الواجب قيمة المغصوب، فلا يكون لوجود المثل بعد أخذها معنى.

وما نحن فيه القيمة مأخوذة بدلاً عن المثل اتفاقاً.

فلذلك قال: إن له استرجاعها وبذل المثل قال: وهذا بحث دقيق. انتهى.

ويؤيد ما قاله ابن الرفعة أن الغزالي في «الوسيط» قال: هنا إن القيمة للحيلولة، وفي الإعواز لم يذكر ذلك.

قوله: في أصل «الروضة» الحال الأول أن يكون متقوماً، ثم [يصير مثلياً كمن غصب رطباً وقلنا: إنه متقوم](٢) فصار تمراً، ثم تلف عنده فوجهان:

أحدهما: وبه قطع العراقيون يضمن مثل التمر لأنه أقرب إلى الحق.

وأشبههما: وبه قطع البغوي إن كان الرطب أكثر قيمة لزمه قيمته كي لا

(١) بداية سقط من ب بمقدار ورقة.

(٢) بياض في أ وسقط من ب وأثبت من جـ.

تضيع الزيادة.

وإن كان التمر أكثر أو استويا لزمه المثل. واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر، وقيمة الرطب. انتهى كلامه.

وذكر الرافعي نحوه أيضا، فيه أمران[١]:

أحدهما: أن التعليل الذي ذكره لكلام البغوي ورجع به قوله على قول العراقيين، يبين أن الذي نقله عنهم، هو وجوب المثل، بدون أرش النقص، وإلا فلم يصح الرد عليهم بكون الزيادة تضيع.

إذا علمت ذلك فاعلم أن العراقيين لم يقولوا بذلك فضلاً عن كونهم قطعوا به، فإن المحاملي من العراقيين، وقد ذكر أنه إذا غصب نخلة فأطلعت وجف رطبها وتلف أنه يجب عليه المثل، وأرش ما نقص من الرطب، وكذلك ذكر الماوردي في «الحاوي» وسليم الرازي في «المجرد» وابن الصباغ في «الشامل».

قوله: وأما القسم الثاني، وهو أن يكون مثلياً، ثم يصير متقوماً كما لو غصب حنطة وطحنها، وتلف الدقيق عنده أو جعله خبزاً وأكله وقلنا .لا مثل للدقيق والخبز، فعلى جواب العراقيين يضمن المثل.

وعلى ما أورده في «التهذيب» إن كان المتقوم أكثر قيمة غرمها، وإلا غرم المثل.

وعن القاضي حسين أنه يغرم أقصى القيم وليس للمالك مطالبته بالمثل؛ لأن التلف حصل وهو متقوم، وعلى هذا فإذا قيل : من غصب حنطة في الغلاء وبقيت عنده إلى التلف وغرمه للمالك في وقت الرخص، هل يغرمه المثل أو القيمة.

---

(١) هكذا في الأصول ولم يذكر إلا أمراً واحداً .

لم يصح إطلاق الجواب بالمثل، ولا بالقيمة بل الصواب أن يفصل فيقال: إن تلفت وهي حنطة غرمه المثل، وإن صارت إلى حالة التقويم ثم تلفت فالقيمة وكأن القاضي قد لقن المسألة للرئيس أبي علي المنيعي ليغالط بها فقهاء مرو ويغلط من أطلق الجواب منهم .انتهى كلامه.

والمنيعي هو بميم مفتوحة، ثم نون مكسورة بعدها ياء ساكنة ثم عين مهملة بعدها ياء النسب .

وهذا الرئيس المذكور هو حسان بن سعيد بن حسان بن محمد بن أحمد ابن عبد الرحمن بن محمد بن منيع بن خالد بن عبد الرحمن بن محمد بن منيع بن خالد بن عبد الرحمن بن خالد بن الوليد المخزومي صاحب رسول الله ﷺ كان في أول أمره تاجرا إلى أن نمى ماله [وتزايدت النعم عليه وعلت منزلته وصار مشاراً إليه عند السلاطين وأنفق أموالاً جزيلة] (١) في بناء المساجد والربط وأنواع الخيرات ومنها جامع مرو الذي كان إمام الحرمين خطيبه.

وكان علي قدم عظيم من الاجتهاد في العبادة والتواضع والبر، وكثرة الصدقة، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حتى قال فيه السلطان: في مملكتي من لا يخافني وإنما يخاف الله.

روى الحديث عن جماعة، وروى عنه جماعة منهم البغوي صاحب «التهذيب».

قال عبد الغافر الفارسي لو تتبعنا ما ظهر من آثاره وحسناته لعجزنا، توفي يوم الجمعة السابع والعشرين من ذي القعدة سنة ثلاث وستين وأربع مائة، وكان له ولد فقيه فاضل رئيس كبير يقال له : أبو الفتح عبد الرزاق، ذكرته في كتابي الذي ألفته في طبقات أصحابنا فراجعه .

قوله: فإن لم يجد المثل إلا بزيادة ففي لزومه وجهان . انتهى .

---

(١) بياض في أ . والمثبت من جـ .

لم يصرح بتصحيح هنا ولا في «الشرح الصغير» أيضا والصحيح، كما قاله في «الروضة» عدم اللزوم.

ولم يذكر المسألة في «المحرر» وفيها كلام يتعين الوقوف عليه، سبق ذكره في السلم.

قوله: فإذا غصب متقوما](١) وتلف عنده لزمه أقصا قيمة من الغصب إلي التلف وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف .انتهى كلامه.

وما أطلقه من وجوب نقد بلد التلف محمول على ما إذا لم ينقله. فإن نقله قال في «الكفاية»: فيتجه أن يعتبر نقد البلد الذي تعتبر قيمته، وهو أكثر البلدين قيمة ، قال: وفي «البحر» عن والده ما يقاربه.

قوله: وإذا كانت الدراهم المبذولة للحيلولة بقيمتها باقية في يد المالك فللشيخ أبي محمد تردد في أنه، هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها أم لا؟ انتهى.

والصحيح أنه لا يجوز، كذا صححه الرافعي والنووي وغيرهما في الرد بالعيب، وغيره من نظائر المسألة.

ولهذا قال في «الروضة» هنا: الأقوى أنه لا يجوز، ولم يصرح بالمسألة في «الشرح الصغير» ولا في «المحرر».

قوله من «زوائده»: قال في «البيان»: ولو ظهر على المالك دين مستغرق فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها لأنها عين ماله، وإن تلفت في يد المالك رجع الغصب بمثلها وإن كانت باقية زائدة رجع في زيادتها المتصلة دون المنفصلة.

(١) نهاية سقط من ب بمقدار ورقة.

قال القاضي أبو الطيـب والجرجاني: هذا إذا تصور كون القـيمة مما يزيد انتهى كلامه. فيه أمران:

أحدهـما: أن ما نقله عن [البيان فقط قـد نص عليه الشافعي في «الأم» مع زيادة أخـرى هي أهم مما تعـرض له][١] في «البـيان» وهي تقـديمه على الغـرمـاء عند تلف القـيـمـة [أيضـا، وقـد ذكـرت لفظـه في باب الكفن فراجعه][٢].

الأمر الثـاني: أن ما أحال عليه في آخـر كلامه من [إمكان تصور زيادة القيمة][٣] ولم يصوره قد صوره بعض الفضلاء بما إذا كانوا في بلد يتعاملون بالحيوان وإنما قلنا ذلك لأن القيمة إنما تؤخذ نقداً، والنقد لا زوائد له.

وقال ابن الرفعة في «الكفـاية»: طريق الجواب عنه: أن يكون المالك قد اعتاض عن القيمة شاة مثلاً، فإن عند القاضي أبي الطيب إذا استبدل من له ثمن في ذمة شخص عنه عيناً، ثم رد المبـيع بعيب أن له أن يسترجع العين، كما حكيناه في باب المصراة، أن له أن يسترجع الشاة هنا.

وعلى ذلك يحمل ما قالوه.

قال: وبه صور الروياني المسألة في «البحر».

قوله: فـرع! قد مر أن منافع المغصـوب مضمونة، فلو كـانت الأجرة في مدة الغصب متـفاوتة فبم تضمن؟ فيه ثلاثة أوجه: حـكاها القاضي أبو سعد بن أبي يوسف أضعفها: أنها بالأكثر في جميع المدة.

وأظهرها: أنها تتضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثله.

والثالث: أن الأمر كذلك إن كـانت الأجرة في أول المدة أقل، وإن كانت

---

(١) بياض في أ.

(٢) بياض في أ.

(٣) بياض في أ.

أكثر في الأول ضمنها بالأكثر في جميع المدة، لأنه لو كان المال في يده فربما يلزمه بها في جميع المدة. انتهى.

تابعه في «الروضة» على ذلك، وحاصل ما نقله عن الهروي أن المسألة منقولة للأصحاب، وأنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أوجه، وأن الهروي حكاها عنهم.

وليس الأمر في شيء من ذلك كذلك فإن الهروي، قد ذكر هذه المسألة في كتابه «الإشراف في شرح أدب القضاء» للعبادي وهو الكتاب المشهور به الذي ينقل الرافعي وغيره عنه، فلما ذكرها صرح بأنها ليست منقولة، وبأن الثلاثة المذكورة إنما هي أقسام وجهات لما قد يتخيل الذهاب إليه في المسألة.

وصرح أيضاً بأن الأول لا يمكن القول به وأن الثاني هو القياس، والثالث يمكن القول به.

هذا حاصل ما قاله فاعلمه، وسأذكر لك لفظه.

فأقول: قال: في الكتاب المذكور بعد أوله بنحو كراس، ما نصه: ومنافع المغصوب عنده مضمونة على الغاصب بخلاف قول أبي حنيفة والاعتبار في ضمانها، وهو أجرة المثل بما إذا لم يتعرض أصحابنا لهذه المسألة والقياس [أن يقال: إن اختلف السعر في مدة الاغتصاب وكان غلاء السعر في النصف الأول من المدة والرخص في النصف الثاني من المدة.

وصورته: في النصف الأول أجرة المثل درهمان وفي النصف الثاني أجرة المثل درهم](١) فعليه ثلاثة دراهم.

وذكر المصنف ـ أعني ـ العبادي أن الاعتبار بيوم الأخذ، فإن فسر الأخذ باستيفاء المنافع فهو ما بينا.

وإن فسر الأخذ بقبض العين فيمكن تصحيحه وهو أن يقال: إذا كان

---

(١) بياض في أ.

الغلاء فـي الشطر الأول من المدة، والرخص في الشطر الثـاني يقوم بسـعر الشطر الأول من المدة لأن توقع الموجود في منافع الشطر الثاني من المدة يسد مسـد نفس الوجود، ولهذا المعنى انعـقدت الإجارة على جـميع منافع المدة فيمكن أن يقال: لولا الغصب الحائل لعقد المالك على جميع منافع المدة في وقت الغلاء، وإنما احتبس عليه ذلك بسـبب الغصب فيشدد على الغاصب، ويضمن منافع المدة باعتبار الغلاء المقترن بصدر المدة.

وأما إذا كان الرخص في الشطر الأول من المدة والغلاء في الشطر الثاني فمنافع الشطر الـثاني مقومـة بسعر الغـلاء [ومنافع الشطر الأول لا يمكن أن تقوم بسـعر الغلاء][1] وقد تلفت قبل سعـر الغلاء، فلم يكن لها وجود مع سعر الغلاء.

ولا توقع وجود إلا أن يظن ظان ظناً ضعيفـاً فيقول :وجود منافع صدر المدة، إن لم تصحب الغلاء في آخر المدة فـوجود محلها وهو العين صحب وجود الـغلاء في آخـر المدة، فحـصل من هذه المدة التي أشبع في بسطـها ثلاثة أوجه في منافع مدة الغصب إذا تقسمها الرخص والغلاء في شطريها.

أحـدها: أن الاعتبار في زمن الرخص بسـعره وفي زمن الغلاء بسعره، لأن المنافع المعدومة، إنما يقدر لها وجود إذا تقسمها أحد الحاصرين.

إما الزمان أو العمل في إجارة منعقدة في الشريعة يحويها ويجمعها.

والوجه الـثاني: الغلاء في صـدر المدة يطرح له الرخص في آخر المدة، لأن توقع الوجود يسد مسد نفس الوجود، والغلاء في آخر المدة لا يطرح له الرخص في أول المدة لأن توقع الـوجود في صـدر المدة منـقطع على تاريخ الغلاء.

والوجـه الـثالث: أن الاعتـبار بالغلاء سواء كـان في صدر المدة أو في

(١) بياض في أ .

آخرها، لأن المنافع وإن [لم تصحب زمان الغلاء فمحلها وهو العين صحب زمان الغلاء وهذا أضعف الوجوه الممكنة](١) هذا لفظ الهروي بحروفه.

وهو كما ذكرته لك، وما ذكره الرافعي هنا عجيب جداً.

قوله: ولو [اتفقا](٢) على الهلاك، واختلفا في قيمته صدق الغاصب، لأن الأصل براءته وعلى المالك البينة.

وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا، أما إذا أراد إقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات.

فعن صاحب «التقريب» حكاية قول أنها تقبل وتقوم بالأوصاف، وتنزل على أقل الدرجات كما في السلم.

والمذهب :المنع ؛لأن الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة لتفاوتهم في الملاحة ومالا يجب الوصف. انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من عدم إثبات الصفة بهذه الشهادة.

قد ذكر في كتاب القضاء في الكلام على القضاء بالعين الغائبة ما يخالفه.

فقال: لو شهد أنه غصب منه عبداً بصفة كذا فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة.

وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه.

ووقع الموضعان كذلك في «الروضة».

قوله: ولو ادعى الغاصب به أي بالعبد المالك عيباً، وأنكر المالك نظر: إن ادعى عيباً حادثاً فقال: كان أقطع أو سارقاً ففي المصدق منهما قولان:

---

(١) بياض في أ.

(٢) في ب: اختلفا.

أحدهما: الغاصب ؛لأن الأصل براءة ذمته وأصحها: المالك ؛لأن الأصل والغالب دوام السلامة. انتهى كلامه.

تابعه النووي في «الروضة» على حكاية الخلاف قولين.

وخالف في «المنهاج» فـجعله وجهين ، وسببـه أن الرافعي في «المحرر» عبر بالأصح، وليس له فـيه اصطلاح كما سـبق ذكره غير مرة فـتابعه علي التعبير به غير باحث عنه، فوقع في الاختلاف.

الباب الثاني: «في الطوارئ على المغصوب»

قوله: والنوع الثاني: ماله سراية تزداد إلى الهلاك، كما لو عفن الحنطة فأقوال:

أظهرها: عند العراقيين أنه كالهالك.

والثاني: يرده مع الأرش، ورجحه الإمام وصاحب «التهذيب».

والثالث: يتخير المالك بينهما، وبه أجاب طائفة منهم الشيخ أبو محمد والمسعودي.

والرابع: يتخير الغاصب. انتهى ملخصاً.

وقد استحسن في «الشرح الصغير» القول الثالث فقال: وقول تخيير المالك حسن، ولم يرجح شيئاً في «المحرر» بل قال: رجح منهما الأول؛ هذا لفظه بصيغة البناء للمفعول.

وصرح النووي بتصحيحه في «أصل المنهاج» على عادته، ثم إنه في «الروضة» نسب التصحيح إلى الرافعي فقال من «زياداته»: قلت: رجح الرافعي في «المحرر» الأول أيضاً والله أعلم.

ولم يذكر ترجيحاً غيره، والحاصل أن لا ترجيح للرافعي إلا في «الشرح الصغير» ولا للنووي إلا في «المنهاج».

قوله في «الروضة»: أما إذا جنى المغصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته فعلى الغاصب تخليصه بالفداء أو بماذا يفديه؟ فيه طريقان:

المذهب: أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد.

وقال الإمام: فيه قولان:

أحدهما: هذا.

والثاني: بالأرش وإن زاد كالقولين فيم إذا أراد السيد فداء الجاني .انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره من تصحيح طريقة القطع، لم يذكره الرافعي، فإن الرافعي نقل عن الإمام أنه على القولين.

ونقل عن «التتمة» أن الواجب أقل الأمرين ولم ينقل عن أحد تصحيحاً بالكلية، بل كلام «التتمة» ليس صريحاً في نفي القولين، إذ يحتمل أن يكون اقتصر على الراجح في المسألة من حيث الجملة.

الأمر الثاني: أن كلام الرافعي والنووي يقتضي أنه لا يجد على الغاصب إلا الفداء لكن قد ذكر في البيوع أن من جملة هذه العيوب جنايات الخطأ إذا كثرت، وجناية العمد إذا لم يتب عنها ، فإن مات فوجهان.

قال في «المطلب» هنا: ويجـوز أن يلتحق عمد الخطأ في هذا بـالعمد، فإذا تقرر ذلك فلا بد من أرش هذا العيب بعد الفداء.

قوله: ولو سقطت يد العبد بآفة وجب على الغاصب أرش ما نقص وإن كان بجناية فعليه الأكثر من نصف القيمة، ومن أرش ما نقص.

ثم قال : وترددوا فيما إذا قطعت يده قصاصاً أو حداً ؛لأنه يشبه السقوط بآفة من حيث أنه تلف بلا بدل.

ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار. انتهى.

وقد ذكـر الرافعي قـبل هذا بنحو ورقـتين، وهو في أوائل الكلام على المسألة ما يؤخـذ منه ترجيح إلحاقه بالآفة، فـإنه قال: ولو اقتص منه في يده غرم بدله، كما لو سقط بآفة سماوية. هذا لفظه.

فشبهه بالآفة لا بالجناية.

قوله: وللغاصب رد التراب المغصوب إلى الأرض المغصوبة بغير إذن المالك إن كان له غرض في الرد بأن كان قد نقل التراب إلى ملك غيره أو شارع يخاف من التعثر به الضمان، ونحو ذلك.

ثم قال: بعد ذلك وهذا إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد فإن تيسر له لم يرده إلا بإذن؛ قاله في «النهاية». انتهى كلامه.

واحترز بقوله في طريق الرد عما إذا لم يكن على صور المكان الذي أخذ منه التراب فإن الإمام حكى فيه تردداً من غير ترجيح فقال: فهذا فيه تردد، ويشعر به كلام الأئمة.

وقد يظهر أنه يلزمه موافقة المالك إذا لم يكن عليه مزيد مشقة على الشرائط التي قدمناها.

ويظهر أنه لا يفعل هذا، فإن هذا استخدام وليس كما لو طلب منه الطرح في الطريق، فإنه اقتصار على بعض ما كان يفعله. هذا لفظ الإمام.

ويظهر من تقييد الرافعي اختياره لعدم اللزوم .

قوله: وإذا حفر بئراً فله أن يستقل بطمها ليدفع عن نفسه خطر الضمان إلى آخره، ثم قال: وذكر الإمام أنه إنما يستقل بالطم إذا بقي التراب الأول بعينه، أما إذا تلف ففي الطم بغيره بغير إذن المالك وجهان.

وينبغي مجئ هذا الخلاف في الحالة الأولى أي الكشط بلا حفر، وفيما إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك التراب.

والأصح فيهما جميعا أنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره آخراً من مجئ الخلاف مع الطلب أيضاً عند التلف، كيف يستقيم مع أن من أتلف مالاً، أو أتلف عبداً، وطولب بمثله يلزمه مثله، فكيف يقال لا يرد مع الطلب، إلا أن يقال: المراد بالطلب أي

فيما نحن فيه، وهو المذكور آخراً أن يطلب الرد ظانًّا بقاءه فهل يستفيد الغاصب بذلك رد بدله؟

الأمر الثاني: أن التراب إذا تلف فيجب في ذمة الغاصب مثله، والواجب في الذمة إنما يملك بقبض صحيح، فلابد من مراعاته هنا ، وحينئذ فكيف يستقيم الرد بدون الإذن؟

قوله: النص فيما إذا نقل التراب أنه يجب عليه الأرش لا التسوية، لأنه نص على ذلك فيما إذا غرس في الأرض المغصوبة، ثم قلع بطلب المالك، ونص فيما إذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة فقلعها أنه يلزمه التسوية.

فقيل :فيها قولان، وقيل: بتقرير النصين ، وفرقوا بأن الغاصب متعد فغلظ عليه الأمر بإيجاب الأرش ؛ لكن لا متانة لهذا الفرق، لأن مؤنة التسوية قد تزيد على أرش النقصان ، والفتوى على وجوب التسوية. انتهى ملخصاً.

واعلم أن القاضي أبا الطيب، قد نقل في هذا الباب من «تعليقه» وجوب التسوية عن الشافعي ـ رحمه الله ـ فقال: أوجب الشافعي على الغاصب تسوية الحفر ورد الأرض كما كانت، هذا لفظه ، والنص الذي استند إليه الرافعي وغيره في وجوب الأرش، وهو المذكور في الغراس، نص عليه في «الأم» فقال: قال الشافعي: ولو اغتصب أرضاً فغرسها نخلاً كان على الباني والفارس أن يقلع بناءه وغرسه، فإذا قلعه ضمن ما نقص المقلع الأرض [حتى يرد الأرض][1] حين أخذها هذا لفظه، ونقله أيضاً في «المطلب».

وليس فيه تصريح، بل ولا إشارة لما قالوه، بل تعبيره بقوله حتى يردها بحالها مشعر بالتسوية.

واعلم أن المتانة بالنون أي القوة لأن المتين هو القوي .

---

(١) سقط من أ.

قوله: ولو نقص عين الزيت دون قيمته وجب مثل الذاهب في أصح الوجهين.

وهل العصير كالزيت؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الشيخ أبي حامد والروياني المنع، والفرق أن علاوة العصير باقية والذاهب منه المائية، ولا قيمة لها والذاهب من الزيت زيت، فعلى هذا لا غرم ، وإيراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح التحاقه به، وربما يقول من رجحه : الذاهب في الزيت المائية أيضاً، إلا أن مائيته أقل. ويجري الخلاف، فيما إذا صار الرطب تمراً . انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن الصحيح التحاقه بالزيت، كذا صححه الرافعي في كتاب الفلس.

فقال: نعم: لو كان مكان الزيت العصير، فقد أجابوا، ههنا وفي الغصب بوجهين ورجحوا التسوية بينه وبين الزيت.

ووجه الفرق أن الذاهب من العصير ماء لا مالية له ، والذاهب من الزيت متمول ،هذا لفظه فاعلمه، ولم يصرح الرافعي في «الشرح الصغير» أيضا هنا بتصحيح ولم يتعرض للمسألة في «المحرر».

الأمر الثاني: أن النووي قد صحح في «أصل الروضة» هنا عدم التحاق العصير بالزيت حتى لا يغرم الغاصب شيئاً ذهولاً عما قاله في باب الفلس، فوقع في التناقض.

وقد صحح النووي هناك القطع، بأن نقص الزيت كنقص جزء وضعف طريقة الوجهين وجزم هنا بالوجهين، ولم يجك طريقة بأنه كالجزء، فضلاً عن تصحيحها، وهو تباين كبير.

وإن كان كلام الرافعي يوهم نقل شيء منه لكنه صرح باستواء البابين.

وقد سبق هناك ذكر المسألة لغرض آخر فراجعها.

واعلم أن ما سبق كله في العصير، وفي الرطب محله، إذا قلنا: إنهما مثليان فإن قلنا إنهما متقومان.

قال ابن الرفعة: في «المطلب» فالذي يظهر: الجزم بأنه لا غرم.

قال الماوردي: ويجري الخلاف أيضاً فيما إذا صار اللبن جبناً، هل يرجع بنقص مكيلته ؟وفيما قاله نظر لأن الجبن لا يمكن كيله حتى تعرف نسبة نقصه.

قوله: ولو هزلت الجارية ثم سمنت وعادت القيمة كما كانت ففيه وجهان:

أحدهما: ينجبر الأول بالثاني، كما لو أبق العبد ثم عاد.

وأظهرهما: لا.

ثم قال: وأجرى الوجهان في تذكر الصيغة بعد نسيانها.

والظاهر: الانجبار ؛ لأن تذكر الصيغة لا يعد شيئاً متجدداً بخلاف السمن الثاني ثم قال: أيضاً، ويجري الخلاف فيما إذا كسر الحلي أو الإناء، ثم أعاده. انتهى.

فيه أمور:

أحدها: أن ما ذكره في الإباق ظاهره: سقوط أرش العيب، وليس ذلك بصحيح، وينبغي تأويله على سقوط القيمة الواجبة بالحيلولة مع أن كلامه في غاية البعد عنه.

الأمر الثاني: أن تفرقته بين عود السمن وتذكر الصيغة واضح لكنه سوى بينهما في كتاب الصداق بالنسبة إلى رجوع الزوج عند الفراق قبل الدخول.

فإنه لما قيد أن الزيادة المتصلة بمنع الرجوع، صحح أن السمن بعد الهزال

مانع وهو واضح، ثم ألحق به أيضا تذكر الصيغة كما ستقف على عبارته هناك، إن شاء الله تعالى.

ومقتضى ما ذكره هنا أن لا يلتحق به ويرجع الزوج، وهو الصواب.

الأمر الثالث: أن حاصل ما ذكره في المسألة الأخيرة وهي مسألة الكسر: عدم الانجبار ،أو أنه لا تصحيح فيها أصلاً؟ لأن الخلاف الذي أجراه فيها وفيما قبلها هو الخلاف الذي صدر به كلامه.

والصحيح فيه: أنه لا ينجبر، لكنه استدرك في الأول، وأبقى الثاني على حاله فلزم منه ما قلناه.

وقد اختصره النووي بلفظ يقتضي أن الراجح فيه الانجبار، ثم ذكر من «زياداته» أن الراجح خلافه، وهو غلط، وكأنه توهم أن المراد من الخلاف المبني عليه، هو الخلاف في تذكر الصيغة.

قوله: لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيته نقل الروياني عن النص أن لا يضمن النقص، لأنه محرم.

وعن بعض الأصحاب أنه يضمنه، ولهذا لو قتل عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته.قال: وهو الاختيار.

زاد النووي على هذا فقال: الأصح المختار: هو النص لأنها محرمة. انتهى.

فيه أمور:

أحدها: أن هذا الترجيح الذي عزاه إلى الروياني صحيح، فقد ذكره في «الحلية» لكنه خالف في «البحر» في موضع من هذا الباب كما حكاه عنه ابن الرفعة في «الكفاية».

الأمر الثاني: أن ما دل عليه لفظهما من تحريم الغناء قد حصل فيه اضطراب شديد لهما أيضا سبق إيضاحه في أوائل البيع.

الأمـر الثـالـث: أن هذه المسألة التي نقل الروياني فـيها عن النص أنه لا يضمن، ثم اخـتار خـلافه إنما فرضـها في العبـد، كذا رأيتـه في «الحلية»، وحينئذ فـلا يلزم من نص الشافعي على عدم الوجـوب في الجارية أن يكون كذلك في العبد ،ولا من اختيـار الروياني للوجوب في العبد أن يجب أيضا في الجارية.

قوله: وإذا غـصب عصـيراً فتـخمر عنده ، لـلمغصـوب منه تضمـينه مثل العصير.

وذكـروا أن على الغاصب إراقـة الخمـر ولو جـعلت محـترمـة، كمـا لو تخمرت في يد المالك من غير قـصد لكان جائزاً، فلو تخللت في يد الغاصب فالخل للمالك على الأصح وعلى الغاصب أرش النقصان. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وفيه أمور:

أحـدها: أنه إذا صار خمراً عند الغاصب وكـان المالك قد عصره بقصد الخلية فإنه لا يجب على الغاصب إراقتها، بل لا يجوز له ذلك بلا شك.

[**الثـاني**: أن تغير المحترمة بالتي تخـمرت في يد المالك من غير قصد لا ينتظم مع ما قبله بل يقتضي أن الذي يتكلم فيه وهو التخمر في يد الغاصب لا توصف بالمحترمة بالكلية وليس كذلك.

ولا فرق بين التخلـل عنده، أو عند المالك إذا كان العصر بقـصد الخلية وكأنه أراد أن يقول كما لو عصرت في يد المالك إلى آخره.

فعبر بقوله تخمرت عوضا عن عصرت](١) .

الأمر الثـالـث: أن كلامه هنا قد آل إلى أن المحترمة هي التي عصرت لا بقصـد الخمرية وقـد سبق في الرهن مـا يخالفه، وسـبق التنبيـه عليه هناك فراجعه.

(١) سقط من جـ.

قوله: أما إذا أراق الخمر فأخذها رجل فتخللت عنده، أو ألقى الشاة الميتة فأخذها رجل فدبغ جلدها، فهل للمعرض استرداد الحاصل؟ فيه وجهان. انتهى.

هذه المسألة ذكرها الرافعي في ثلاثة مواضع من غير تصحيح ؛ هنا، وفي آخر اللقطة ، وفي كتاب الصيد والذبائح، والأصح : أنه ليس للمعرض الاسترداد.

كذا صححه النووي في «أصل الروضة» في الصيد وهنا من «زوائده».

قوله : ولو أراد صاحب الأرض أن يتملك البناء أو الغراس بالقيمة، أو تبقيتهما أو الزرع بالأجرة هل على الغاصب إجابته ؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان.

أحدهما: نعم ؛ كالمستعير، بل أولى، فإن الغاصب متعد.

وأظهرهما: لا ؛ لتمكنه من القلع بلا غرامة بخلاف المعير.

وهذا ما ذكره الإمام، حكاية عن القاضي الحسين. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على حكاية هذين الوجهين .

واعلم أن الغاصب إذا أراد القلع، فإنه لا يغرم المالك شيئاً، ونظيره من المستعير ما إذا اختار القلع بلا تغريم المعير، أو شرط عليه القلع مجاناً، وليس للمالك الذي هو المعير أن يتملك في هذه الحالة أو يبقي بأجرة بلا خلاف.

فليس لنا في المعير الحكم الذي ادعوه حتى نختلف في مجيئه في الغاصب.

وكيف يعقل إجبار الغاصب على إزالة ملكه أو على تخليته بأجرة يعطيها، وهو يريد أخذ ماله بلا ضرر على المغصوب منه.

قوله في «الروضة»: ولـو غصب داراً فزوقها تزويقـاً لا يحصل منه غبن، فهل للمالك إجباره على إزالته؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا كالثوب إذا قصره. انتهى.

لم يطلق الرافعي هنا تصحيحاً، وإنما نقله عن صاحب «التهذيب» فقط.

والتزويق: النقش، وأصله من الزاووق وهو الزئبق، ثم سمى كل نقش تزويقاً، وإن لم يكن بالزئبق.

قاله ابن داود في «شرح المختصر».

قوله: الحـالة الأولى: إذا صبغ الغـاصب الثوب بصـبغة، ولم يكـن فصله فينظر: إن كانت قـيمة الثوب[مصبـوغاً كقيمتـه قبل صباغته، وكذلـك قيمة الصبغ أيضاً.

كما إذا كانت قـيمة الثوب](١) عشرة وقيمـة الصبغ عشرة، وهو يساوي بعد الصبغ عشرين فهو بينهما بالسوية. انتهى.

وتعبيـره بقوله: فهو بينهما بالسـوية يقتضي أنهما يصـيران شريكين في الثوب.

والصبغ شركة شيـوع، أي: لكل منها نصف الأمرين وليس كذلك، بل كل منهما مالـك لما كان يملكه قبل ذلك، حتى إذا زادت قيمـة أحدهما قبل البيع فاز بها من حكمنا بأنها له، ويدل على هذا اختلافهم في أنه هل يجوز للغاصب بيع الصبغ منفرداً وكذلك في بيع المالك الثوب وحده.

ونقل في «المطلب» عن البندنيـجي والماوردي والغزالي مـا حاصله ذلك أيضا، أعني: بقاء كل على ما كان وارتضاه.

قوله في المسألة: وإن كانت قيمتـه بعد الصبغ عشرة انمحق الصبغ ولا حق فيه للغاصب وإن تراجعت القيمة. انتهى كلامه.

---

(١) سقط من جـ.

ومقتضاه أن الصبغ ينقل لصاحب الثوب حتى إذا نقص الثوب مثلاً ثلاثة وكانت للصبغ قيمة تجبر ذلك صار الصبغ لمالك الثوب عوضاً عن نقصانه ولهذا قال: وإن تراجعت القيمة، وما دل عليه كلامه مخالف لكلام الشافعي فإنه قد نص على تمكين الغاصب في هذ الحالة من قلع الصبغ وغرامة النقص ولكلام الأصحاب أيضاً وللقياس.

حتى قال في «المطلب» ما ذكره الرافعي لم أر من نقله كذلك.

قال: ويجوز أن يحمل كلامه على ما إذا سلم الثوب إلى ربه راضياً بذلك ثم ارتفع السعر، وقد يكون لذلك التفات على ما إذا سلم عامل القراض لرب المال العروض المشاعة حيث لم يظهر فيها ربح ثم ارتفع السعر هل يكون له حق أم لا؟ وهنا أولي بثبوت حقه، لأن سبب الزيادة عين ماله، وهي باقية.

وهناك الزيادة في مال رب المال، وقد يعكس ويجعل رضى الغاصب نازلاً منزلة المعاوضة عما نقص من الثوب.

وذكر في «المطلب» أيضا حملاً آخر لكلامه غير مستقيم.

وقد حذف في «الروضة» ما ذكره الرافعي في آخر كلامه، وهو قوله: وإن تراجعت القيمة.

قوله: وهل للمالك إجبار الغاصب على قلع الصبغ؟ فيه وجهان إلى آخره.

لم يصرح بتصحيحه في «الشرح» ولا في «الروضة» بل نقل كلا عن طائفة.

والراجح هو الإجبار، ففي «المحرر» أنه أظهر الوجهين، وفي «المنهاج» أنه الأصح.

قوله: فروع: أحدها :لو ترك الغاصب الصبغ أي: الذي يمكن فصله على

المالك ففي إجباره على القبول وجهان: وجه الإجبار وصيرورة الصبغ كالصفة التابعة.

وأيضاً فإن المشتري إذا أنعل الدابة ثم اطلع على عيبها فردها مع النعل لكان تعيبها لو نزع النعل يجبر البائع علي القبول ووجه المنع القياس الظاهر.

وذكر الروياني أن ظاهر المذهب هو الإجبار لكن الثاني أقيس وأشبه.

ثم قال: على أنه لو ألحق بما إذا صبغ المشتري الثوب بما زاد في قيمته، ثم اطلع علي عيبه فرده مسامحاً لكان أقرب لما مر أن الصبغ يصير ملكاً للبائع.

وأما النعل ففي دخوله في ملك البائع خلاف. انتهى كلامه.

قال في «الروضة» الثاني أصح.

وممن صححه صاحب «التنبيه».

قال الجرجاني: ويجري الوجهان فيما لو غصب باباً وسمره بمسامير للغاصب فتركها للمالك والله أعلم.

وهذه الزيادة التي نقلها النووي عن الجرجاني قد ذكرها الرافعي جازماً بها في آخر الغصب في المسألة الخامسة من المسائل المنثورة على ما ترجم في «الروضة».

واعلم أن ما ذكره الرافعي من أن الأولى إنما مر القياس على مسألة الصبغ، ليس كذلك بل الأولى قياسه على النعل.

قال في «الكفاية» لأن مسألة الصبغ التي ذكرها في الرد بالعيب مصورة بما إذا كان الصبغ لا يمكن فصله، والكلام هنا في صبغ يمكن فصله أو لا يمكن ، فكان القياس على مسألة النعل أولى، لأنه عند إمكان الفصل مشابه له.

وعند عدم الإمكان يثبت هذا الحكم من طريق الأولى بخلاف ما لو ألحق بالصبغ، فإن حالة إمكان انفصال الصبغ هنا لا يبقى على الإجبار فيها دليل.

قوله: وإن خلط الغاصب المغصوب بما لا يتميز كالزيت بالزيت ونحوه، فالمنصوص وبه قال الأكثرون :أنه كالمالك.

وفي قول مخرج : أنهما يصيران شريكين.

فإن قلنا بالثاني، فينظر: إن خلطه بالمثل فقدر زيته من المخلوط له،وإن خلطه بأجود فيباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على نسبة القيمة، فإن أرادا قسمة عين الزيت على نسبة القيمة .

فالظاهر: أنه لا يجوز لأنه ربا.

وعن رواية «البويطي» : أنه يجوز؛ وبني ذلك على أن القسمة إقرار لا بيع. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن «البويطي» لم ينقل هذا النص في الغاصب، وإنما نقله في المفلس فقال حاكياً عن الشافعي ما نصه: ومن باع شيئاً مما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب مما يختلط بعضه ببعض، ولا يتميز، مثل الحنطة والزيت وما يشبههما فخلطه المشتري بسلعة أخرى ثم أفلس، مثل أن يعطيه مد حنطة قيمته درهمان فيخلطه بمد قيمته أربعة، فالبائع مخير، إن شاء أن يأخذ ثلثي المد، ليس له إلا ذلك بجميع حقه، لأنه لا يصلح أن يأخذ تمام المد لجودة طعام صاحبه الذي خلطه بطعامه، ولا يجوز أن يرجع بثمن ثلث المد الذي بقي له لجودة ما أخذ على طعامه.

وإن شاء ترك وضارب مع الغرماء وكذلك الزيت والسمن والتمر، وكل شيء مثله، هذا لفظ «البويطي» وليس في كتابه غير هذا، ولكن لما تكلم الإمام على التفريع على إلحاقه بالمفلس في كونه شريكاً ذكر حكم المفلس.

وذكر هذا النص فتوهم الرافعي أنه محكي هنا، وهو معذور في هذا التوهم.

قال في «المطلب»: وقد أثبت غير القاضي والإمام في الغاصب وجهين أخذاً من من النصين في مسألة الفلس.

قال: وهو التحقيق.

الأمـر الثـاني: أن القسمة إنما تكون إقـراراً إذا كان أحدهما لا يرد على الآخر شيئاً من ماله في مقابلة زيادة يستوفيها، والمغصوب منه في مثالنا هذا يزيل ملكه عن ثلث صاع فيما يحصل له من الجودة في ثلثي صاع فلا تكون إقراراً، وهذا الثاني ذكره المتولي.

قـوله: وإذا قلنا لا يبـالي في نزع اللوح المغـصـوب بهلاك مـال الغـاصب فاختـلطت السفينة التي فـيها اللوح بسفن لـلغاصب ولا توقف على اللوح إلا بنزع الجميع، فهل ينزع الجميع؟ وجهان. انتهى.

قال في «الروضـة»: كذا أطلقـوا الوجهين بلا ترجيح وينـبغي أن يكون أرجحهما عدم النزع.

قوله: في «الروضة» وإذا غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان ومات، فإن كان غير آدمى نزع، وكذا إن كان آدمياً على الأصح. انتهى.

لم يطلق الرافعي هنا تصحيحاً، وإنما نقله عن الإمام خاصة.

فقال: أصـحهما علي ما ذكره في «النـهاية» أنه ينزع، وصحح الروياني في «البحر» أنه لا ينزع.

وفصل الماوردي فقال: إن أثر القلع فحشاً لم ينزع، وإلا نزع.

وصححه في «الكفاية».

قوله: أما كلب الصيد والماشية فلا يجوز النزع منه.

قال الإمام: وألحق الكلب الذي لا منفعة فيه بالمؤذيات. انتهى.

وما ذكره هنا في الكلب الذي لا منفعة فيه قـد سبق فيه كلام في كتاب التيمم فراجعه.

قوله: فرعان أحدهما: دخل فصيل في بيت ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء، نظر إن كان بتفريط من صاحب البيت بأن أدخله فيه نقص البناء ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً وإن كان بتفريط من صاحب الفصيل، فإذا نقض البناء غرم أرش النقصان، وإن دخل الفصيل بنفسه نقض أيضاً وعلى صاحب الفصيل أرش النقصان، وقيل لا ؛ لأنه لا تفريط من أحد، والإخراج لابد منه لحرمة الروح.

ثم قال: ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم يخرج إلا بكسرها، فإن كان معها صاحبها فهو مفرط بترك الحفظ، فإن كانت غير مأكولة [تخلص بكسر القدر وعليه أرش النقصان وإن كانت مأكولة][1] ففي ذبحها وجهان كما في مسألة الخيط، وإن لم يكن معها أحد، فإن فرط صاحب القدر مثل: أن وضع القدر في موضع لاحق له فيه كسرت ولا غرم له، وإن لم يفرط كسرت، وغرم صاحب البهيمة الأرش.

ولم يذكروا التفصيل المذكور في صورة القدر، والفرق بين المأكول وغير المأكول. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على عدم ذكر ذلك، وليس كما قالاه، فقد سوى بينهما الماوردي في ذلك كله بين المأكول وغير المأكول.

وحكى الوجهين، وجعل الروياني من تفريط صاحب القدر أن يجعلها في مكان له فيه حق، ولكن قدر على دفعها فلم يدفعها.

قوله: الثاني غصب زوجي خف قيمتهما عشرة فرد أحدهما، وقيمته ثلاثة وتلف الآخر لزمه سبعة ، ولو أتلف أحد زوجي خف قيمتهما عشرة، أو غصبه وحده وتلف فعادت قيمة الباقي إلا ثلاثة ففيه أوجه.

أحدها: يضمن سبعة.

(١) سقط من أ.

والثاني: خـمسـة كما إذا أتلف رجـل أحدهما وآخـر الآخر، فـإنه يسوى بينهما حتى يلزمه ثلاثة. انتهى ملخصاً.

قال في «الروضـة»: [الأكثرون على ترجيح الأول وعليـه العمل ، وإن كان الأقوى لزوم الخمسة. انتهى.

وقال البغـوي: إن الأكثرين على لزوم الخمسـة، قال في «الروضة»](١) وصورة المسألة التي قاس عليها الوجه الثاني أن يتلفا دفعة واحدة، فإن تعاقبا لزم الثاني ثلاثة وفي الأول الخلاف.

قوله: من «زياداته» في الصورة الأولى : إذا غصبهما معاً وجه في «التنبيه» و«التتمة» أنه يلزمه ثلاثة وهو غريب .انتهى كلامه.

وما نقله عن «التنبـيه» من وجوب الثـلاثة :صحيح، وإن كان قـد مثل بمثال آخر.

أما نقله ذلك عن «التتمة» فغلط، فإنه ليس لهذا الوجه ذكر فيها بل فيها عوضـه وجه آخر أنه يلزمـه خمسة، فـتلخص من مجمـوع الكتابين أن في المسألة ثلاثة أوجه.

وقد ادعى النووي في أصل «الروضة» أنه لا يلزمه إلا سبعة قطعاً.

قوله: وهل عليه مهر مثلها ثيباً وأرش الافتضاض أو عليه مهر مثلها بكراً. ذكروا فيه وجهين ورجحوا الأول انتهى.

وهذه المسألة فيـها اضطراب شديد سبق ذكـره في البيع في الكلام علي المناهي المقتضية للفساد.

قوله: فإن وطئ عالماً بالتحريم، وانفصل الولد ميتاً بلا جناية ففي وجوب الضمان وجهان:

(١) سقط من أ .

أحدهما: وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعاً للأم.

ويحكى عن الأنماطي، وأبي الطيب ابن سلمة واختاره القفال.

والثاني: المنع. وبه قال أبو إسحاق واختاره الشيخ أبو محمد والإمام وصاحب «التهذيب» لأن جنايته غير منتفية وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده. انتهى.

لم يصرح بتصحيح في الروضة أيضاً، والصحيح: عدم الوجوب.

كذا رجحه الرافعي بعد هذا بنحو ثلاثة أوراق فقال: وإن انفصل الولد ميتا، فالظاهر: أنه لا ضمان، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب. هذا لفظه فتفطن له، فإن كلامه هنا يوهم عكسه، ورجحه أيضا في «الشرح الصغير» هنا فقال أقوى الوجهين: لا يجب شيء.

وصححه أيضاً الماوردي والغزالي.

قوله: في المسألة ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة، فإن أوجبنا الضمان فهو قيمة يوم الانفصال لو كان حيا في ولد الجارية والبهيمة جميعاً، وخرج الإمام وجهاً في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني. انتهى.

وما ذكره آخراً من حكاية هذا الوجه عن تخريج الإمام قد تابعه عليه في «الروضة» وهو غريب، فقد صرح القفال في «فتاويه» بذلك حكماً وتوجيهاً، فإنه حكى الخلاف فيما إذا غصب عبداً فذهبت إحدى عينيه، هل يلزمه النقص، أو يجعل كجناية الأجنبي؟

ثم فرع مسألتنا عليها فقال: وإن قلنا يغرم النقص هناك، ففي هذه المسألة يغرم النقص إن دخلها نقص بالإلقاء، وإن لم يدخل فلا شيء وإن جعلنا كجناية الأجنبي فيغرم عشر قيمة الأم، هذا لفظه بحروفه.

قوله: ولو ردها وهي حبلى فماتت في يد المالك من الولادة، ذكر أبو عبد

الله القطان في «المطارحات» أنه لا شيء عليه في صورة العلم ؛لأن الولد ليس منه حتى يقال ماتت من الولادة بولده، وأن في صورة الجهل قولين.

واعلم أن لوجوب الضمان في هذه الصورة مأخذين

أحدهما: أنه أحبل جارية الغير، إما بالشبهة أو بالزنا، وفي كونه سبب الضمان ما قدمناه في الرهن.

والثاني: أنه حصل نقصان، وإن وجد أثره بعد الرد إلى المالك، كما لو جنى المغصوب عند الغاصب فرده، ثم بيع في يد المالك.

وأطلق صاحب «التتمة» القول بوجوب الضمان للمأخذ الثاني . انتهى كلامه.

والراجح في حالة الجهل وجوب الضمان كذا صححه الرافعي في الباب الثالث من أبواب الرهن.

وأما في حالة العلم، فقياس المذكور هناك أيضاً :عدم الوجوب فيه كما سبق ذكر لفظه في موضعه فراجعه.

لكن صحح النووي هنا من «زياداته» ما قاله المتولي من الوجوب في المسألتين ذهولاً عما سبق فوقع في التناقض.

قوله: فرع في «ذخيرة البندنيجي»: لو وطئ الغاصب بإذن المالك فحيث لا نوجب المهر إذا لم يأذن فهاهنا أولى، وحيث نوجبه فقولان محافظة على حرمة البضع.

وفي قيمة الولد طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في المهر.

والثاني: القطع بالوجوب لأنه لم يصرح بالإذن في الإحبال، انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على عدم التصحيح في المسألتين وقد تقدم في وطء

المرتهن بإذن الراهن أن الأظهر: وجوب المهر، وتقدم فيه أيضاً الجذم بقيمة الولد، وما نحن فيه مثله فيؤخذ الرجحان من هناك.

قوله: في أصل «الروضة» في الكلام على ما يرجع به المشتري على الغاصب.

الرابع: لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حراً على المذهب.

وقيل قولان، ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب وبه قطع العراقيون، وقيل :وجهان .انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما ذكره ـ رحمه الله ـ في قيمة الولد من كونه لا يرجع على المذهب غلط، سببه :انعكاس كلام الرافعي عليه، والصواب المعروف وهو المذكور في « شرحي الرافعي» و«محرره» وفي «المنهاج» أنه يرجع، وكذلك في «الروضة» أيضاً في الكلام على ما إذا غُر بحرية أمه.

الأمر الثاني: أن الطريقة الحاكية للقولين في ذلك نقلها الرافعي عن الأستاذ أبي إسحاق في «شرح الفروع» وعلله بأن نفع حرية الولد يعود إليه، فيكون على قولي المهر، والذي نقله في «التتمة» عنه القطع بأنه لا يرجع.

الثالث: أن الرافعي لم يصحح شيئاً في الرجوع بأرش نقض الولادة أصلاً فاعلمه، فإنه قال: قطع العراقيون بأنه يرجع به،وعن غيرهم خلافه.

قال الإمام: وسبيله سبيل النقصان الخاص بالآفات السماوية، هذا لفظه.

ونقل في «المطلب» عن الجمهور أنه لا يرجع ونص عليه في «البويطي» الرابع: أن الخلاف في الآفة السماوية قولان كما ذكره في «الروضة»][(١)] فكان صوابه أن يقول :وقيل: قولان.

---

(١) سقط من أ.

الخامس: أن ما أدعاه من قطع العراقيين بالرجوع غريب جداً، فإن أكابرهم قد قطعوا بعدم الرجوع كالبندنيجي والماوردي والقاضي أبي الطيب وسليم.

قوله: في المسألة والفرق أن الواهب متبرع والبائع ضامن سلامة الولد بلا غرامة .انتهى كلامه.

وهذا التعليل الذي ذكره غير صحيح ومناقض لما قدمه فإنه لو كان كما قاله لكان يلزم أن لا يجب للبائع بيعاً فاسداً على المشتري قيمة الولد وليس كذلك كما تقدم في موضعه.

وهذه المسألة قد افترق فيها الغصب والبيع الفاسد، لأن المشتري يرجع على الغاصب بقيمة الولد كما تقدم، ولعل سببه أن الغاصب غار بخلاف المالك إذا باع بيعاً فاسداً.

قوله: منها حمال أسند خشبة... إلى آخره.

هذه المسألة قد أعادها في كتاب الجنايات في أول الطرف الثاني المعقود لاجتماع العلة والشرط وأهمل منها هاهنا قسما ذكره هناك وهو ضمان ما يتلف بالجدار الذي له أو لغيره وقد أذن الغير في الإسناد.

قوله: ومنها: لو غصب شاة وأنزى عليها فحلاً فالولد للمغصوب منه، ولو غصب فحلاً وأنزاه على شاته فالولد للغاصب ولا شيء عليه للإنزاء فإن نقص غرم الأرش، وينبغي أن يخرج وجوب شيء للإنزاء على الخلاف في صحة الاستئجار له. انتهى .

قال في «الروضة»: هذا التخريج لابد منه، وإنما فرعوه على الأصح. والله أعلم.

وهذا الكلام منهما يقتضي عدم الوقوف على نقل هذا التخريج وهو غريب.

فقد صرح به في «البيان» في هذا الباب وهما يكثران من النقل عنه.

فقال: بعد مضي نحو كراسين من أول الباب: فرع: وإن غصب من رجل فحلاً فأنزاه، ثم قال: وأما الأجرة، فإن قلنا: يجوز استئجار الفحل للضراب، لزمه أجرته.

وإن قلنا: لا يجوز، وهو الصحيح، لم يلزمه. هذا لفظه.

قوله: قال في «التتمة»: لو غصب من الغاصب فأبرأ المالك الأول عن ضمان الغصب صح الإبراء، لأنه مطالب بقيمته، فهو كدين عليه. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» أيضاً عليه، وينبغي أن يتفطن إلى أنه خلاف الصحيح، وذلك لأنه لا جائز أن يكون هذا الإبراء بعد تلف المغصوب لأنه بعد التلف دين حقيقي.

فلا يقال كدين عليه فتعين أن يكون قبله. وحينئذ فالإبراء في هذه الحالة إبراء عن قيمة مأخوذة للحيلولة والصحيح منعه كما ذكره الرافعي وغيره.

قوله: ولو رد الدابة إلى إسطبله قال في «التتمة»: يبرأ أيضاً إذا علم المالك أو أخبره من يعتمد خبره. انتهى.

وهذه المسألة فيها كلام سبق ذكره في العارية.

قوله من «زوائده»: ولو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرهما مما يقصد شمه، ومكث عنده لزمه أجرته. انتهى كلامه.

وهذه المسألة سبق ذكرها في كلام الرافعي، ذكرها في الباب الأول من النوع الثاني المعقود لضمان المنافع.

كتاب الشفعة

وفيه ثلاثة أبواب:

الأول: في الأركان

قوله: ولو كـان علي النخيل ثمرة غـير مؤبرة فهل يـأخذها الشفيع؟ فـيه وجهان أو قولان.

قال في «التهذيب» :الأصح: دخولها. انتهى.

والأصح مـا صححـه صاحب «التـهذيب» فـفي «المحرر» أنه الأظـهر، وصححه النووي في أصل «الروضة» و«المنهاج».

والراجح: أن الخلاف المذكور قولان، كذا جزم به النووي في «المنهاج».

قوله: الثـانية: الدار إذا كان بابهـا مفتوحـاً إلى درب غير نافـذ، فالدرب ملك مشترك بين سكانه على ما سبق في الصلح.

فإن باع نصيـبه من الممر وحده فللشـركاء فيه الشـفعة إن كان منقسماً. انتهى.

تابعه على ذلك في «الروضة» وفيه أمران:

أحدهما: أن الرافعي قد نقل في كتاب إحياء الموات عن العبادي أن بيع الحريم وحده لا يصح، ولم يـخالفه، والممر من جملة حـريم الدار على ما صرح به هو وغيره هناك.

الأمر الثـاني: أنه إذا باع نصيبه من الممـر وأبقى الدار بلا ممر فيكون كما لو باع الدار فاستثنى لنفسه بيتاً منها، والأصح فيها من «زوائد الروضة» عدم الصحة لعدم الانتفاع بالباقي ولنقصان المالية.

وحكى الرافعي فيها وجهين من غير ترجيح.

نعم: إن فرضنا أن الدار متصلة بملكه أو بشارع استقامت المسألة.

قوله: وإذا باع الدار بممرها فلا شفعة في الدار للشركاء في الممر، وفي الممر وجوه أصحها: أنه إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، وأمكنه فتح باب إلى شارع، فللشركاء أخذه وإلا فلا. انتهى ملخصا.

تابعه في «الروضة» على إطلاق الخلاف ومحله كما قال في «المطلب» و«الكفاية» إذا لم يتسع الممر، فإن اتسع بحيث يمكن أن يترك لمشتري الدار منه شيئاً يمر فيه ثبتت الشفعة في الباقي بلا خلاف.

وفي [المقدار](١) الذي لا يتأتى المرور بدونه هذه الأوجه.

واعلم أن قول الرافعي ممرها قد يشعر بأن الممر لا يدخل إذا كان للمشتري طريق غيره وفي ذلك وجهان حكاهما القاضي الحسين في «تعليقه» هنا.

وقال في «المطلب»: الحق الدخول، ولم يصرح الرافعي بالمسألة، بل كلامه في البيع في الكلام على شروط المبيع يفهم عدم الدخول.

قوله: وشركة مالكي سور الخان في صحبة كشركة مالكي الدور في الدرب، وكذلك الشركة في مسيل ماء الأرض دون الأرض، وفي بئر المزرعة دون المزرعة. انتهى كلامه.

وتعبيره بالسور وقع في «الروضة» أيضاً، كما شاهدته من خطه ولا معنى له، وصوابه بيوت، وهو المذكور في «الكفاية» و«المطلب».

قوله: من بسوق الشجرة.

البسوق بباء موحدة مضمومة وسين مهملة هو الطول، قال الله تعالى ﴿والنخل باسقات﴾(٢) أي: طويلات، ويقال: بسق فلان على أقرانه أي طال عليهم قاله الجوهري.

---

(١) سقط من أ.

(٢) ق: ١٠

قوله: وإذا حكم الحنفي بشفعة الجوار لشافعي ففي الحل باطناً خلاف. انتهى.

وهذا الخلاف قد ذكره أيضاً في كتاب القضاء ولم يصحح فيه شيئاً.

وتابعه عليه النووي فلم يصحح شيئاً هنا ولا هناك، وتصحيحه من الأمور المهمة، فإنه جار في سائر المسائل الاجتهادية، كتوريث الشافعي من ذوي الأرحام وغيره.

والصحيح هو الحل، كذا صححه الرافعي في موضعين من هذا الكتاب.

أحدهما: في آخر كتاب الدم والقسامة فقال: وميل الأئمة إلى ثبوت الحل باطنا.

والثاني: في أثناء كتاب الدعاوى بعد مضي نحو كراسين. فقال: وميل الأكثرين إلى الحل، ورجحه أيضاً في شرح «مسند» الإمام الشافعي.

فقال فيه اختلاف للأصحاب والأولى النفوذ.

قوله: وإن كان باب داره إلى درب غير نافذ والدرب غير مشترك فإن باع نصيبه من الممر فقط فللشركاء الشفعة فيه بشرط قبوله القسمة، وإن باع الدار بممرها فهل لهم الشفعة فيه أي في الممر؟ نظر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر إلى الشارع فلهم ذلك على الصحيح، وإن لم يكن له طريق آخر ولا أمكن إيجاده فلا شفعة في الأصح انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن كلامه المذكور أولا صريح في الجزم بصحة بيع الممر، وإن بقيت الدار بلا ممر لأنه جزم فيه بثبوت الشفعة وفصل فيما إذا باع الممر مع الدار فاقتضى ما قلناه، وكان سببه أنه أدخل الضر على نفسه، وقد نقل الرافعي في كتاب البيوع عن بعض شراح «المفتاح» أن البيع لا يصح، ولم

يذكر ما يوافقه ولا ما يخالفه.

وحكى في «شرح المهذب» وجهين، وقال: إن الأصح هو البطلان.

وقد تقدم إيضاح ذلك في البيع.

الأمر الثاني: أن هذا الكلام كله إذا كان للدار ممر واحد، فإن كان لها ممران في دربين غير نافذين فباع الدار، ولم يمكن إحداث باب ثالث فلا يمكن ثبوت الشفعة في الممرين معاً لبقائهما بلا ممر، وحينئذ فهل يقرع أو يقدم بالسبق إلى الطلب أولا شفعة لواحد منهما؟ فيه نظر.

قوله: الثانية إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً وأراد رده، وجاء الشفيع يريد أخذه، ورضى بكونه معيباً فقولان: الأكثرون: على أن المجاب هو الشفيع لأن حقه سابق على حق المشتري، فإنه ثابت بالبيع.

والثاني: يجاب المشتري لأن الشفيع، إنما يأخذ إذا استقر العقد.

فإن قلنا بالأول فبادر المشتري إلى الرد قبل مطالبة الشفيع، ثم جاء الشفيع طالباً فوجهان:

أحدهما: لا يجاب لتقدم الرد.

والأظهر: يجاب ويفسخ الرد، أو نقول تبينا أن الرد كان باطلاً. انتهى كلامه.

وما ذكره في آخره هو بصيغة «أو» وهو ترديد بين فسخ الرد وبين بطلانه، وهذا الترديد وجهان صرح بهما القاضي والإمام في «النهاية» وكذا الغزالي في «الوسيط» فقال: فإن قلنا يرد فهو بطريق تبين البطلان أو بطريق الاشتباه في الحال؟ فيه وجهان هذا لفظ «الوسيط».

والظاهر أن الرافعي سهى عن ذكر ما في الكلام، وفائدة الوجهين كما قاله في «المطلب» في الفوائد من حين الرد إلى حين الأخذ.

قوله: الثالثة لو أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول أو ارتد وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة، فله أخذ نصفه، وأما النصف الآخر فهل الزوج أولى به أو الشفيع؟ فيه وجهان، وكذلك إذا إشترى شقصاً وأفلس بالثمن، وأراد البائع الفسخ والشفيع الأخذ بالشفعة فيه وجهان:

أحدهما: أن الزوج والبائع أولى بالإجابة لاستناد حقهما إلى ملك سابق.

وأيضاً فإن البائع لم يرض بزوال الشقص إلا على أن يسلم له الثمن، فإذا لم يسلم وجب أن لا يأخذ منه.

وأصحهما :أن الشفيع أولى ؛لأن حقه ثابت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق وحق البائع بالإفلاس وأسبق الحقين أولى بالرعاية.

ثم قال ما نصه: وذكر الإمام وصاحب «التهذيب» أن الوجهين متولدان من جواب ابن الحداد في الصورة الأولى، بأن الشفيع أولى، وجواب أبي إسحاق في الثانية، بأن البائع أولى فتصرف من بعدهما من الأصحاب في كلامهما، وجعلوا الصورتين على جوابين بالنقل والتخريج، وقطع بعضهم بجواب ابن الحداد في الصورة الأولى، وبجواب أبي إسحاق في الثانية، والفرق :أن الثابت للزوج بالطلاق الملك، والشفيع تثبت له ولاية الملك لا نفس الملك، فكان الزوج أولى بالتقديم.

وفي الصورة الأخرى الثابت للبائع والشفيع جميعاً ولاية الملك، لكن الشفيع أسبق حقاً فهو أولى بالتقديم .انتهى كلامه بحروفه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ عن الإمام والبغوي أنهما نقلا عن ابن الحداد في الصورة الأولى، وهي مسألة الصداق، بأن الشفيع أولى.

وعن أبي إسحاق في الثانية، وهي مسألة الفلس أن البائع أولى، فإنه غلط على العكس مما نقلاه ، فإنهما نقلا في مسألة الصداق عن ابن الحداد

أن الزوج أولى من الشفيع ،وعن أبي إسحاق في مسألة الفلس أن الشفيع أولى، وكذا ذكره غيرهما حتى الغزالي في «الوسيط».

والفرق الذي ذكره الرافعي على عكس ما نسبه إليهما،فإنه على وفق الصواب الذي ذكرته، وقد وقع للنووي في «الروضة» هذا الغلط أيضاً فقال: وفي وجه ثالث: الشفيع في الأولى أولى، والبائع في الثانية أولى هذا لفظه.

ولم يذكر تعليل الرافعي المرشد إلى الغلط فصار أشد في غلطه.

وتلخص أن الوجه الثالث الذي ذكره لا ثبوت له.

وقد تقدم طرف من هذه المسألة في الفلس .

قوله: ولو وهب بشرط الثواب أو مطلقاً، وقلنا إنه يقتضي الثواب فوجهان:

أصحهما: أنه يأخذ بالشفعة ، فعلى هذا ففي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان:

أظهرهما: الأخذ لأنه صار بيعاً.

والثاني: لا ؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض وهذا هو الخلاف في أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى؟ . انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» عليه وفيه أمور:

الأول: أن ما صححه في هذه المسألة من كونها بيعاً حتى يترتب عليها أحكام البيع، قد اختلف فيه كلامهما اختلافاً عجيباً تقدم إيضاحه في البيع في الكلام على خيار المجلس.

الثاني: أن الرافعي قد أجرى هذا الخلاف في حال اشتراط الثواب، وفي حال الإطلاق إذا قلنا أنها تقتضي الثواب، وكيف يتخيل في حالة الإطلاق انعقادها بيعا مع جهالة العوض، ولو تخيل فيها التحاقها به لأجل اشتراط

العوض لكانت فاسدة يجـري عليها حكم فاسد البيع، وأما جـهالة اشتراط الثواب، فإن كان مـعلوماً فهو صحيح، وإن لم يكن معلوماً كـان الأمر فيه كما قلناه.

الأمر الثالث: أن ما حكاه من جواز الأخذ قبل القبض وجهين قد حكاه في كتاب الهبة قولين.

قوله: ولو جعله المكاتب عوضاً عن النجوم فتثبت الشفعة. انتهى.

وهذا الكلام يقتضي تجويز الاعتياض عن نجوم الكتابة.

وقد ذكر بعده بأسطر قلائل ما يوافـقه أيضاً وكذلك في الباب الثاني من أبواب هذا الكتاب، وهو مخالف لما ذكره في باب الكتابة، لكن المذكور هنا هو الصواب وستعرفه إن شاء الله تعالى هناك.

قوله: ولو وكل أحـد الشريكين صـاحبه في بيع نصـيبه فـباعـه فللوكيل أخذه بالشفعة عند الأكثرين.

ولو وكل إنسان أحد الشريكين لشـراء الشقص من الآخر فله الأخذ بلا خلاف، انتهى كلامه.

تابعه أيضاً في «الروضة» على نفي الخلاف، وليس كذلك، بل فيه وجه أنه لا شفـعة له حكاه القاضي حـسين في «تعليقه» فـقال قبل أواخـر الباب بأوراق قـلائل: وإذا توكل عن المشـتري في الشـراء، هل تبطل شـفـعتـه؟ وجهان:

أحدهما: تبطل، لأنه رضى له بالملك.

والثاني: لا، لأنه قصد تحصيل سبب ثبوت الشفعة.

وإذا توكل عن البـائع فـفي بطلان الشفـعـة وجهـان أيضـاً، هذا لفظه بحروفه.

وحكاهما أيضاً الإمام في «النهاية»، وعلله بأنه رضى للمشتري بالملك فألزم مقتضاه ، ورأيت أيضاً في كتاب «رفع التمويه في شرح التنبيه» نحوه، حتى بالغ [فنقل عن قائله منع وكيل الشراء من الأخذ وتجويز ذلك لوكيل البائع][1] وفرق بأن وكيل البائع معين على إزالة الملك الذي هو شرط في ثبوت الشفعة، ووكيل الشراء معين على التملك، والأخذ مناقض له.

(١) سقط من أ.

الباب الثاني في «كيفية الأخذ»

قوله: فلا يشترط في التملك بالشـفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري ورضاه. انتهى كلامه.

وهذا المذكـور هنا، مـذكور أيضـاً في «الشـرح الصـغـير» و«المحـرر» و«الروضة» و«المنهـاج» وقد استـشكله في «المطلب» كما سـتعرفـه بعد هذه المسألة أنه لابد في التملك مع اللفظ من أن أحد هذه الأمور.

ثم قال: وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا يشترط ، وهذا الحـمل الذي قاله لا يسـتـقيم مع تكرار «لا» النـافيـة، بل الممكن في الحمل أن كل واحد بخصوصه لا يشترط.

قوله: وينبغي أن يكون في صـحة التملك مع جهالة الثـمن ما ذكرناه في بيع المرابحة وفي «التتمة» إشارة إلى نحو من هذا. انتهى.

تابعه عليه في «الروضة» ومقتضـاه أن يكون فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: إن علم في المجلس صح الأخذ، وإن تفـرقا قبل البيـان بطل، وهذه الأوجه لا توجد في «التتمة» بل إنما يوجد بعضها.

فإن الذي قاله: إنه إن لم يعرفـه في المجلس بطل، وإن علمه فكمسألة المرابحة.

قوله في «الروضة»: ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ، بـل يعتبر معه أحد أمور أربعة:

الأول: أن يسلم العوض إلى المشتري فيـملك به إن تسلمه، وإلا فيخلي بينه وبينه أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم.

والثاني: أن يرضى المشترى بذمة الشفيع.

والثالث: أن يحكم الحاكم بالشفعة.

ثم قال والرابع: أن يشهد عدلان على الطلب.

وفي الاكتفاء بذلك وجهان، انتهى.

والأصح من الوجهين عدم الاكتفاء به، كذا صححه الغزالي في «الوجيز» ونقله الرافعي عنه، وأقره ولكن حذفه من «الروضة»، وهو مقتضي ما في «المحرر»، و«المنهاج» فإنهما شرطا أحد الثلاثة الأوائل.

واعلم أن كلام الرافعي يقتضي أنه إذا رفعه إلى القاضي وامتنع من القبض فلا طريق إلى الملك إلا إلزام التسليم، وليس كذلك، بل إن شاء ألزمه وإن شاء قبض عنه، وقد نبه عليه في «الروضة».

قوله: وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن، انتهى كلامه.

وما ذكره في غير الرضى بذمته واضح، فأما إذا كان الملك بالرضى بالذمة فالقياس كما قاله في «المطلب» أن يكون كالبائع حتى يجبر على التسليم أولاً على الصحيح، وقد صرح به هنا الإمام ؛لأن المشتري في هذه الحالة في رتبة البائع والشفيع في رتبة المشتري.

قوله: وفي ثبوت خيار المجلس للشفيع خلاف ذكرناه في أول البيع، والأظهر الثبوت، ويحكى عن نصه في اختلاف العراقيين . انتهى ملخصا.

وهذه المسألة قد اختلف كلامه فيها وقد تقدم إيضاح ذلك في كتاب البيع مع غيره من الأمور المهمة فراجعه .والذي يخص هذ الموضع بذكره شيء آخر نفيس مهم، وهو أن النص المنقول عن اختلاف العراقيين ليس في خيار المجلس المصطلح عليه، وذلك لأن خيار المجلس يسقط بالإسقاط منهما بلا نزاع وهذا النص لا نقول بإسقاطه.

كذا نص عليه الشافعي في الكتاب المذكور وهو من جملة كتب «الأم».

ونقله عنه أيضاً كذلك الأصحاب فقال البندنيجي في «تعليقته»: وإذا

قلنا بأن الشفعة على الفور ، فهل للشفيع الخيار ما دام في المجلس الذي بلغه فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: خياره على الفور، وإن كان في المجلس كخيار العيب سواء.

والمذهب: أن له الخيار ما لم يفارق مجلس البلاغ كخيار المتبايعين، فإذا قلنا له: الخيار مادام في المجلس نظرت، فإن عفى عنها قبل أن يفارق المجلس، فهل يسقط أم لا؟

قال: في اختلاف العراقيين لا يسقط.

وقال أبو العباس: يسقط لأنها بالابراء والإسقاط أشبه، هذا لفظه.

وفي «المجرد» لسليم ما نصه: وإذا ترك حقه من الشفعة بأن يقول عفوت أو سلمته أو تركته أو نزلت عنه فقد قال: في اختلاف العراقيين له ما لم يفارقه.

وخرج أبو العباس فيه قولاً آخر، أنه لا يكون له فيه خيار.

وذكر في «الشامل» مثله أيضاً فقال: متى أخذ الشفيع الشقص بالشفعة، أو تركه فهل له الخيار مادام في المجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: له الخيار بأن يترك بعدما أخذ أو يأخذ بعدما ترك مادام في المجلس نص على ذلك في اختلاف العراقيين.

والثاني: ليس له ذلك ،قاله أبو العباس انتهى ملخصاً.

والرافعي إنما أخذ ما نقله عن «الشامل» على كثير من عادته.

قوله: وإذا جوزنا للشفيع أن يتملك الشقص الذي لم يره، فقيل: يثبت له خيار الرؤية قطعاً، وقيل: على الخلاف في خيار المجلس. انتهى.

والأصح كما قاله في «الروضة» هو الأول.

قوله: ومنها لو أخذ من المكاتب عوضاً عن النجوم وأخذ الشفيع بمثل

النجوم أو بقيمتها انتهى.

قد تقدم في البـاب الأول أن تجويز الاعتياض مـخالف لما ذكره في باب الكتابة، وأن هذا هو الصواب كما ستعرفه هناك إن شاء الله تعالى.

قوله في أصل «الروضة»: فإن كان الشراء بألف إلى سنة ففيه أقوال:

أظهرها: يتخير إن شاء عـجل الثمن، وأخذ الشقص في الحال، وإن شاء صبر إلى أن يحل الأجل فحينئـذ يبذل الألف ويأخذ وليس له أن يأخذ بألف مؤجل.

والثاني: له الأخذ بذلك أي بالألف المؤجل.

والثالث: يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة.

ثم قال: فعلى الأول لا يبطل حقه بالتـأخير لأنه تعذر، وهل يجب إعلام المشتري بالطلب؟ وجهان: أصحهما: نعم. انتهى كلامه.

وما صححه عن وجوب الطلب على العكس مما رجحه الرافعي فإنه قال ما نصه: فعلى لاجديد لا يبطل حقه بالتأخير لأنه تأخير بعذر.

ولكن هل يجب تنبيه المشتري على الطلب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا فائدة فيه.

والثاني: نعم؛ لأنه ميسور إن كان الأخذ معسوراً، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: إن شاء نبه على الـطلب لكن الأول أشبه بكلام الأصحاب، هذا لفظ الرافعي فانعكس ذلك على الشيخ محيي الدين ـ رحمه الله ـ وذكر في «الشرح الصغير» كما ذكر في «الكبير».

قوله في المسألة: وإن قلنا بالقول الثاني ففي موضعه وجهان:

أحدهما: أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل وإن كان ملياً موثوقا به، أو إذا أعطى كفيلاً ملياً وإلا لم يأخذ، لأنه إضرار بالمشتري.

والثاني: أن له الأخذ على الإطلاق . انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحـدهـمـا: أن عبارته أو إذا أعطـى أعني بصيغة «أو» وحينـئذ فيكون الشرط أحد أمرين.

كذا هو في النسخ الصحيحة.

والحكم كذلك من خارج فاعلمه.

كذا صرح به الإمام في «النهاية»، والماوردي وابن داوود وابن الرفعة في «المطلب» وغيرهم ووقع في «الروضة» بالواو.

كذا شاهدته بخطه فلزم منه اشتراط الأمرين جميعاً.

الأمر الثـاني: أن اشتراطه في الأصل الملاءة والثقـة والاكتفاء في الكفيل بالملاءة غـيـر مسـتـقيم، بل الـصواب التـسـوية إن لـم يكن الكفـيل أولى باشتراطهما من الأصيل.

قـوله والثانيـة: أن يتلف بعـضهـا فينظـر إن تلف شيء من العرصـة بأن غشيها السيل فعرفها أخذ الباقي بحصته من الثمن، انتهى.

وما ذكره من أن تفريق الأرض إتلاف لا تعييب قد خالفه في باب حكم المبيع قبل القبض فصحح أنه تعييب فراجعه.

قوله فـي «الروضة»: ولو اشتـرى بكف من الدراهم فـعين الشفـيع قدراً وقال اشتـريته بكذا وقال المشتـري لم يكن قدره معلوما فـالأصح المنصوص الذي عليه الجمهور: أنه يـقنع منه بذلك [ويحلف عليه، وقال ابن سريج: لا يقنع منه بذلك][(1)] ولا يحلف بل إن أصر على ذلك، جعل ناكلاً.

ثم قال مـا نصه: وعلى هذا الخلاف لو قال نـسيت فهو كـالنكول، انتهى

---

(١) سقط من أ.

لفظه بحروفه.

وهو تعبير غير مستقيم لأن جعله كالنكول إنما هو تفريع على وجه ابن سريج لا على الخلاف جميعه فكان صوابه أن يقول: وعلى رأي ابن سريج لو قال إلى آخره ، أو يقول : فهو كالنكول على وجه، وقد أتى به الرافعي علي الصواب فقال: وعن ابن سريج أنه لا يقنع منه بذلك ولا يحلف على نفي العلم.

ثم قال ما نصه : وعلى هذا الخلاف، لو قال: نسيت مقدار الثمن الذي اشتريته به، فعلى رأى يجعل كالنكول، ويرد اليمين علي الشفيع.

قال القاضي الروياني، وبه قال ابن سريج وابن أبي هريرة والماوردي والقفال، وهو الاختيار. هذا لفظه.

وقد أشعر كلامه أيضاً أن القائلين به هنا أكثر، وأن قول «الروضة» قبل ذلك ولا يحلف تعبير ناقص أيضاً.

قوله في المسألة: وإن لم يعين قدراً ولكن ادعى الشفيع عليه أنه يعلم مقداره وطالبه بالبيان ففيه وجهان أصحهما، عند صاحب «التهذيب» :لا تسمع دعواه حتى يعين قدراً. انتهى.

لم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً ولكن الأصح ما صححه البغوي فقد نقله في «النهاية» عن نص الشافعي.

وصححه الرافعي في «المحرر» فقال: إنه أظهر الوجهين.

وكذلك النووي في «المنهاج» ، وفي أصل «الروضة» أيضاً.

قوله: وإن خرج الثمن المعين مستحقاً تبين بطلان البيع والشفعة، وإن خرج بعضه مستحقاً بطل البيع في ذلك القدر، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة، فإن فرقناها واختار المشتري الإجارة، فللشفيع الأخذ وإن اختار الفسخ، وأراد الشفيع أخذه ففي المقدر منهما الخلاف السابق، فيما إذا

أصدقها شقصاً، ثم طلقها قبل الدخول .انتهى.

تابعه في «الروضة» عليه، ولكن ينبغي أن يعلم أن البائع أيضاً مخير في مسألتنا لتفريق الصفقة عليه.

وحينئذ فإن فسخ فلا كلام، وإن اختار فيأتي ما قاله الرافعي، هذا هو القياس في مسألتنا.

قوله: وإن لم يختر المشتري قلع ما بناه أو غرسه فالشفيع بالخيار، إلى آخره.

هذه المسألة قد وقع فيها اضطراب شديد سبق ذكره في العارية فراجعه.

قوله: إذا كانا شريكين في عقار فغاب أحدهما ورأينا نصفه في يد ثالث فادعى الحاضر عليه أنك اشتريته ولي فيه حق الشفعة. فإن كان للمدعي بينة فيقضى بها، ويأخذ الشفعة ثم إن إعترف المدعى عليه يسلم الثمن إليه وإلا فهل يترك في يد المدعي حتى يقر المدعي عليه، أو يأخذه القاضي ويحفظه أو يجبر على قبوله أو الإبراء عنه ؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الإقرار وغيره. انتهى كلامه.

والصحيح من تلك الأوجه على ما قاله في الإقرار: أنه يترك في يده.

إذ علمت ذلك فقد تكرر عن الرافعي هذا التخريج أي تخريج الدين على الأوجه في العين، وهو يقتضي أن الراجح تسلط الشفيع على التملك والتصرف مع كون الثمن في ذمته وهو لا يوافق القواعد السابقة.

فقد سبق منه قبل هذا الفصل أن الممتنع لابد من رفعه إلى القاضي ليلزمه القبض أو يخلى بينه وبين الثمن ليحصل الملك للشفيع فإن فرض في هذه المسألة حصول الملك بسبب آخر، كالقضاء استقام، ويتطرق ما ذكرناه إلى الإبراء أيضاً، فإنه إنما يكون بعد ثبوت الدين، وثبوته إنما يكون وقت الملك فتفطن له.

لا جرم أن ابن الرفعة في «الكفاية» و«المطلب» ذكر أن الخلاف محله في العين.

ثم قال وأجراه شارح «التنبيه» وهو ابن يونس في الدين أيضاً، ولم أره لغيره، هذا كلامه وهو غريب .

قوله في المسألة: وإن اعترف المدعي عليه بالشراء، فللمدعي أن يأخذ بالشفعة في أصح الوجهين لتصادقهما، فإذا قدم فهو علي حقه.

والثاني: يوقف الأخذ حتى يكتب القاضي إليه لأن قول الغير لا يقبل عليه. انتهى.

تابعه في «الروضة» على تصحيح الأخذ، وخالف في «نكت التنبيه» فقال: الأصح هو الثاني.

قوله: إحداها المستحقون للشفعة إذا تفاوتت حصصهم، بأن كان لواحد النصف وللثاني الثلث والثالث السدس فباع صاحب النصف نصيبه فقولان:

أصحهما: أن الشفعة على قدر الحصص فيقسم النصف بينهما أثلاثاً كالثمرة.

والثاني: أنها علي عدد الرؤوس لأن الواحد يأخذ الكل ،قل نصيبه أو كثر، وهما في أصل الشركة سواء، فأشبه أجرة الصكاك .انتهى ملخصاً.

وما صححه الرافعي وغيره خلاف مذهب الشافعي فإن القولين قد حكاهما في «الأم» ثم إختار التسوية فقال: وإذا كانت الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها، وللآخر سدسها، وللآخر ثلثها وباع صاحب الثلث، وأراد شريكاه الأخذ بالشفعة ففيها قولان:

أحدهما: أن صاحب النصف يأخذ ثلاثة أسهم وصاحب السدس يأخذ منهما على قدر ملكهم من الدار.

ومن قال هذا القــول ذهب إلى أنه إنما جعل الشـفعة بالملك، فـإذا كان أحدهم أكثر ملكاً من صاحبه أعطى بقدر كثرة ملكه، ولهذا وجه.

والقول الثاني: أنهما في الشفعة سواء ، وبهذا القول أقول، ألا ترى أن الرجل يملك شفعة من الدار فـيباع نصفها، وما خلا حقـه منها فيريد الأخذ بالشفعة بقدر ملكه، فلا يكون ذلك له ، ويقال له :خذ الكل أو دع.

فلما كـان حكم قليل المال في الشفعـة حكم كثيره، كـان الشريكان إذا اجتمعا في الشفعة سواء. هذا لفظه بحروفه.

ونقل في «المختصر» عن الشافعي ما حاصله أيضاً أن مذهبه التسوية.

قال البندنيجي في «تعليقه» في الكلام على أقوال التقاضي: والأصحاب كثيراً ما يخالفون الشافعي لا عن قصد، ولكن لقلة اطلاعهم علي نصوصه.

قال في «المطلب»: وما قاله الأصحاب هنا عجيب وكيف لا تعجب منه مع قوة ما احتج به الشافعي، وعدم وضوح ما استدلوا به .

وقول الرافعي فأشبه أجرة الصكاك هو بكسر الصاد جمع صك بفتحها، وهي المكاتيب المتضمنة للحقوق.

ومـا ذكره من كـون أجـرتها على المسـتـحقين بـالسواء، وإن تفـاوتت حصصهم، هي مسألة حسنة، لا أستحضر الآن هل ذكرها في أبواب القضاء أم لا ، فينبغي معرفتها.

قوله الـثانية :لو مـات مالك الدار عن اثنـين، ثم مات أحدهمـا، وخلف اثنين فباع أحد الاثنين نصيبه، فإن الشفعة بين الأخ والعم على الجديد.

فإن قلنا: إنهـا للأخ فعفى فهل تثـبت للعم؟ فيه وجهـان عن ابن سريج. انتهى ملخصاً.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يكون الأصح هو الثبوت.

قوله: ولو كانت الشفعة لواحد فعفى عن بعضها فوجوه:

أصحها: يسقط جميعها كالقصاص.

والثاني: لا يسقط شيء كعفوه عن بعض حد القذف.

والثالث: يسقط ما عفى عنه، ويبقى الباقي كسائر الحقوق المالية.

وموضع هذا الوجه كما قاله الصيدلاني: ما إذا رضي المشتري بتبعيض الصفقة ، وهذه الأوجه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور، فإن حكمنا به فطريقان: منهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير لطلب الباقي.

ومنهم من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي، ويؤيد الأول كلام صاحب «الشامل». انتهى.

لم يرجح شيئاً من الطريقين في «الروضة» أيضاً والأشبه كما قاله في «المطلب» هو الطريقة الأولى.

فإنه قال يتصور بما إذا طلب الكل واستمهل لتحصيل الثمن فإنه يمهل.

فإذا وجد منه العفو في تلك المدة عن بعض الشفعة جرت الأوجه، والذي قاله متعين.

قوله: وإذا لم يحضر من الشركاء إلا واحد فليس له أخذ حصته فقط، ولا يكلف الصبر إلى حضورهم، بل إن شاء أخذ الجميع أو تركه وهل له تأخير الأخذ إلى حضورهما؟

إذا قلنا الشفعة على الفور وجهان أصحهما: نعم. انتهى ملخصاً.

واعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد ذكر في كتاب دعوى الدم والقسامة في الكلام على ما إذا نكل بعض الورثة أو غاب ما نصه: ولو قال الحاضر: لا أحلف إلا بقدر حصتي لا يبطل حقه من القسامة حتى إذا قدم الغائب يحلف معه، بخلاف ما إذا قال الشفيع الحاضر: لا آخذ إلا قدر حصتي

حيث يبطل حقه من الشفعة.

والفرق أن لاشفعة إذا تعرضت للأخذ فالتـأخير تقصير مفوت، واليمين في القسامة لا يبطل بالتأخير، هذا لفظه.

وتبعه عليه في «الروضة»، والظاهر أنهـا هي المسألة المختلف فيها ههنا، وحينئذ فـتكون مناقضة للمذكـور هنا، ويحتمل أن تكون مـسألة أخرى لم تذكر هنا وهي أن اقتصاره على أخذ البعض مبطل وإن لم نبطله بترك الكل.

قوله: أما إذا ثبتت الشفعة لواحد فمـات فورثه ابنان، فعفى أحدهما فهو كما لو ثبتت الشفعة لواحد فعفى عن بعضها أو لاثنين فعفى أحدهما.

فيه وجهـان: أظهرهما : الثاني ؛ قال الإمام: والخـلاف بناء على ما سبق من أن الوارث يأخذ بالشفعة لنفسه أو تلقياً عن المورث، انتهى.

ومقتـضى ما نقله من الإمام هنا وارتضاه أن يكون الصـحيح في المسألة المبني عليها أن الوارث يأخذ لنفسه.

لكنه ذكر قبل هذا بنحو ورقتين فـي الكلام على ما إذا مات الشفيع عن ابن وزوجة، وما حاصله أن الأصح أن الوارث يأخذ للميت.

فإنه قال: الأظهر: القطع أنهما يأخذان على قدر موارثتهما.

والثـاني: فيه قـولان، ثم قال ما نصه: والطريقان مـبنيان على خلاف الأصحاب في أن ورثة الشفيع يأخذون لأنفسهم أم للمورث ثم يتلقون عنه؟

فإن قلنا: يأخـذون لأنفسهم عاد القولان ، وإن قلنا: يـأخذون للميت قطعنا بأنهما يأخذان على قدر الميراث.

هذا لفظه ولم يذكر المسألة في «الروضة» في هذين الموضعين.

قوله: واعلم أن الوجـوه المذكورة شـاملة لعفو الشـفيع عن بعض حـقه، ولعفو أحد الشفيعين عن حقه، إلا الوجه الصائر إلى استقرار المعفو عنه على المشتري فإنهم لم يذكروه في عفو الشفيع عن بعض حقه، انتهى.

وما ذكره من عدم ذكر هذا الوجه ليس كذلك لأنه لما تكلم في عفو الشخص عن بعض الحق وهو قبل هذا بقليل قال: إن فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يسقط [الجميع.

والثاني: لا يسقط شيء، تم قال ما نصه:

والثالث: أنه يسقط][(١)] ما عفى عنه، ويبقى الباقي لأنه حق مالي قابل للانقسام.

وعن الصيدلاني أن موضع هذا الوجه ما إذا رضى المشتري بتبعيض الصفقة عليه، فإن أبي وقال: أخذ الكل أو دع فله ذلك. انتهى كلامه.

وهو يقتضي أن منهم من يقيد هذا الوجه ومنهم من لم يقيده.

وعلى عدم تقييده يستقر المعفو عنه على المشتري، وقد تقدم الكلام على هذه المسألة قريباً.

---

(١) سقط من أ.

الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفيع

قوله:روى أنه ﷺ قال: «الشفعة كحل العقال»[١] أي كالبعير الشرود يحل عنه العقال.

وروى «الشفعة كمن» .

وروى «الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت، وإلا فاللوم على من تركها». انتهى.

النشطة بنون ثم شين معجمة وطاء مهملة قال ابن فارس وغيره: الأنشوطة: العقدة تنحل إذا مد طرفيها، تقول نشطت الحبل إذا عقدته بلا همز، فإن أردت الحل قلت: أنشطت بالهمز، ومنه خبر « كأنما أنشط من عقال » أي حل.

قوله: فينبغي للمعذور أن يوكل إن قدر عليه، فإن لم يفعل بطلت شفعته في أصح الأوجه لتقصيره.

والثاني: لا.

والثالث: إن لم يلحقه في التوكيل منة ولا مؤنة ثقيلة بطلت وإلا فلا، فإن لم يمكنه التوكيل فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد فقولان أو وجهان:

أظهرهما: أنه يبطل. انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن حكاية الخلاف في التوكيل أوجها ذكره كذلك أيضاً في

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥٠٠) والبيهقي في الكبرى (١١٣٦٨)، والخطيب في تاريخ بغداد (٦ / ٥٦) وابن عدي في الكامل (٦ / ١٧٧-١٨٠)، وابن حبان في المجروحين (٢ / ٢٦٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. قال الحافظ ابن حجر والألباني. ضعيف جدا.

«الشرح الصغير» والنووي في «الروضة» وخالف في «المنهاج» فجعله أقوالا فإنه عبر بالأظهر، ولم يصرح في «المحرر» بشيء، بل الغريب أنه عبر بالأصح فعدل عنه إلى الأظهر.

الثاني: أن ترديده في الإشهاد بين القولين والوجهين من غير ترجيح ذكر مثله في «الشرح الصغير» و«الروضة».

والراجح على ما ذكره في «المنهاج» أنه قولان فإنه عبر أيضاً بالأظهر.

قوله: وأجرى هذا الخلاف المذكور في وجوب الإشهاد فيها إذا سار بنفسه طالباً في الحال، ولكن الأظهر هنا أنه لا يجب كما لو أرسل وكيلاً، ولم يشهد، فإنه يكفي وليطرد فيما إذا كان حاضراً في البلد فخرج إليه أو إلى مجلس الحكم كما سبق، انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على تصحيح عدم الوجوب وذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً.

وخالف النووي هنا في «تصحيح التنبيه» خاصة فصحح أنه لابد من الإشهاد.

وهو الذي صححه الرافعي والنووي في نظيره من الرد بالعيب كما سبق إيضاحه.

قوله: وهذا كله فيما إذا لم يبلغ عدد المخبرين حدًا لا يحتمل التواطؤ علي الكذب ، فإن بلغه فأخر بطل حقه، وإن كانوا فساقًا، انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على التعبير بهذه العبارة ولكن لو عبر بقوله: وإن كانوا كفارًا لكان أصوب ؛لأن عبارته لا تشمل الكافر، بل توهم أن الحكم فيه مخالف للفاسق، وليس كذلك فإنهما سواء، كما صرح به صاحب «التتمة» وغيره.

قوله في أصل «الروضة»: ولو قيل: باعه بكذا مؤجلاً فعفى فبان حالاً

أوباع كله بألف فبان بعضه بألف بطل قطعًا، انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم الخلاف في المسألة الأولى غريب، فقد جزم الغزالي في «الوسيط» بأن شفعته لا تبطل.

قال في «المطلب»: وتوجيهه ظاهر، لأنه يظن أن في الثمن زيادة لكون الأجل يقابله قسط من الثمن.

قوله: وحكى وجهان أيضاً فيما إذا قال بارك الله في [صفقة يمينك][(١)] عن قياس طريق المراوزة أنه يبطل حقه؛ لأن هذا الدعاء يشعر بتقرير الشقص في يده فلا ينتظم الطلب عقبه .

وأصحهما وهو الذي أورده المعظم :أنه لا يبطل لأنه قد يدعو ليأخذ بصفقة مباركة انتهى كلامه.

واعلم أن هذا الكلام مأخوذ من كلام الإمام فإنه قال: إذا قال بارك الله لك في صفقة يمينك، وعنى ابتياعه للشقص.

ثم قال بعد ذلك: أنا طالب للشفعة.

قال العراقيون: له طلبها على قول الفور، وقياس طريق المراوزة يخالف هذا، فإن قوله بارك الله لك يشعر بتقرير الشقص في يده.

وتعقيب هذا الكلام إنما يوجب إزالة يده يلحق نظم الكلام بالاستهزاء.

وما قاله العراقيون: على قول عدم الفور أولى، وقياس المراوزة أنه يكون من علامات الرضى بإسقاط الشفعة، إذا لم يشترط التصريح به هذا كلام الإمام، وإذا جمعت بينه وبين كلام الرافعي قطعت بأنه أصله.

وقد جمل محل الوجهين عند التصريح بقوله لك، وحينئذ فلا يطابق نقل الرافعي والعجب أن الغزالي في «الوجيز» قد صرح بذلك.

فقال: فإن قال : بكم اشتريت؟ ففيه تردد وكذا في قوله: بارك الله لك

---

(١) في جـ : صفقتك .

في صفقتك هذا لفظ «الوجيز» فقد ذهل عنه الرافعي أيضاً.

ولم يتفطن في «الروضة» لهذه النكتة الواقعة في هذه المسألة.

قوله: فرع عند أبي يوسف: لا يكره دفع الشفعة بالحيلة إذ ليس فيها دفع حتى على الغرماء فإنه إنما يثبت بعد البيع، وعند محمد بن الحسن يكره لما فيها من إبقاء الضرر.

وهذا أشبه بمذهبنا في الحيلة في منع وجوب الزكاة، انتهى كلامه.

ومقتضاه أنه لم يقف في هذه المسألة على نقل لأصحابنا، وهو غريب، فإن المسألة فيها ثلاثة أوجه.

أحدها: لا يكره وهو الذي رأيته مجزوما به في كتاب «الحيل» لأبي حاتم القزويني، فإنه جعل كتابه مشتملاً على ثلاثة أبواب، أولها: في الحيل المحرمة، وثانيها: في المكروه، وثالثها: في المباحة، وجعل مسألتنا من الباب الثالث.

ونقل ابن الرفعة في «الكفاية» عن البندنيجي أن أبا بكر الصيرفي أجاب بذلك في كتاب «الحيل» له أيضاً.

والوجه الثاني: وإليه ذهب ابن سريج والشيخ أبو حامد وسليم الرازي في «المجرد» أنه يكره على وفق ما ذكره الرافعي بحثاً وهو الذي صححه النووي في «الروضة».

والثالث: إن كان التحيل مانعًا من الأخذ بالكلية فلا يجوز سواء كان مانعاً من أخذ جميعه بضم مجهول إلى الثمن، أو من أخذ بعضه كهبة بعض الشقص، وبيع الباقي بزيادة وإن لم يكن مانعاً منه، بل من هذا فيه كزيادة الثمن ونحوه فيجوز كذا رأيته في «أدب القضاء» للدبيلي.

وأما ما نقله عنه ابن الرفعة في «الكفاية» من التحريم مطلقًا فمردود كما أوضحته في «الهداية» وما ذكره الدبيلي من التحريم قد ذهب إليه الغزالي

في «الوجيز» في نظيره من الزكاة.

وقال في «الإحياء»: إن الحيلة وإن أسقطت الزكاة في ظاهر الشرع، فإن الذمة لا تبرأ باطنًا بفعلها.

واعلم أن هذا كله في شفعة الشركاء أما شفعة الجوار فقال في «الروضة»: لا يكره الحيلة فيها قطعًا.

قوله: وإذا كان الشقص في يد البائع فقال الشفيع: لا أقبضه إلا من يد المشتري ففي إجابته وجهان:

قال في «الروضة»: أصحهما: أنه يجاب، وقد سبق فيه كلام آخر في البيع في الكلام على حكم المبيع قبل القبض أم في جميع التركة؟ فيه خلاف مذكور في موضعه. انتهى.

تابعه في «الروضة» على دعوى ذكر الخلاف في موضع المسألة وموضعها هو أواخر زكاة الفطر.

والباب الثالث من أبواب الرهن، فإن المسألة مذكورة فيها وليس للوجهين ذكر في شيء من الموضعين المتقدمين.

كتاب القراض

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركانه

قوله: في غزوة نهاوند.

قال السمعاني هي بضم النون وهي مدينة من بلد الجيل، قيل: إن نوحًا عليه الصلاة والسلام بناها وكان اسمها «نوح ارند» فأبدلوا الحاء هاء.

قوله: وما يعتبر في صحة هذا العقد تارة يعتبر في رأس المال، وتارة في العمل وأخرى في صيغة العقد، وأخرى في العاقدين فسمى المصنف هذه الأمور أركاناً، انتهى كلامه.

وقد أهمل الرافعي ركناً آخرا لم يذكره في هذه الترجمة وهي الكلام على الربح، وقد صرح به بعد هذا فقال: إن الأركان خمسة أحدها: رأس المال، وثانيها: العمل، وثالثها: الربح، ورابعها: الصيغة، وخامسها: العاقدان.

وقد عبر في «الوسيط» هنا بعبارة جيدة فقال: العاقدان والعوضان ورأس المال وصيغة العقد، هذا لفظه وأراد بالعوضين الربح والعمل.

قوله: وفي النفس حسيكة من هذا الكلام.

الحسيكة بالحاء والسين المهملتين وبعدهما ياء بنقطتين من تحت، ثم كاف، قالوا في صدره على حسيكة وحساكة أي: ضغن وعداوة.

قاله الجوهري:

فاستعمل الرافعي ذلك وأراد به نفور النفس عنه وعدم قبولها له.

قوله: وعن الشيخ أبي محمد أنه كان يعول في اختصاص القراض

بالنقدين على الإجماع، انتهى.

دعوى الإجماع على اختصاصه بذلك صرح به النووي في «الروضة» جازما به لكن لأصحابنا بخصوصهم خلاف في جوازه على ذوات الأمثال حكاه الفوراني في «الإبانة» فاعلمه.

قوله: الشرط الثالث أن يكون معنيًا فلو قارض على دراهم غير معينة، ثم أحضرها في المجلس وعينها، حكى الإمام عن القاضي وقطع به أنه يجوز كما في الصرف ورأس مال السلم.

والذي أورده صاحب «التهذيب» المنع، انتهى كلامه.

لم يصرح بتصحيح في «الروضة» أيضاً، والصحيح هو: الجواز، كذا صححه في «الشرح الصغير».

قوله: ولو قال للمديون اعزل قدر حقي من مالك فعزله، ثم قال له قارضتك عليه لم يصح لأنه لم يملكه وإذا تصرف المأمور فيما عزله نظر إن اشتري بعينه للقراض فهو كالفضولي اشترى لغيره بعين ماله وإن اشترى في الذمة ونقد ما عزله فوجهان:

أصحهما: عند البغوي أنه للمالك لأنه اشترى له بإذنه.

وأظهرهما عند الشيخ أبي حامد: أنه للعامل لأنه إنما أذن في الشراء بمال القراض، فإذا لم يملكه فلا قراض، انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» أيضاً، والراجح: الأول؛ فقد رجحه أيضاً البندنيجي والقاضي الحسين وإمام الحرمين.

قوله: ولو قارضه على مال غصبه منه صح على الأصح، وعلى هذا لا يتزامن ضمان الغصب كما في الرهن. انتهى.

واعلم أن الرافعي في الباب الثاني من كتاب الرهن قد جزم بالصحة وحكي الخلاف في البراءة، ولكن الأصح أنه لا يبرأ.

ومحل عدم البراءة إذا لم يتصرف فإذا تصرف فوجوه:

أصحها: وهو ما جزم به في «الروضة» هنا من «زوائده» أنه يبرأ، لأنه سلمه بإذن المالك وزالت عنه يده، وما يقتضيه من الأعراض يكون أيضاً أمانة، لأنه لم يوجد فيها ما يقتضي الضمان.

وثانيها: لا يبرأ مطلقا.

وثالثها: إن اشترى بأعيانها برئ بتسليمها وإن اشترى في الذمة ثم نقدها لم يبرأ لأن الثمن قد تعلق بذمته. حكاها الماوردي.

ورابعها: أورده في «المطلب» أنه إن أورد العقد على أعيانها برئ، وإن لم يسلمه.

قوله: ولو شرط رب المال على العامل أن يراجعه في التصرفات، أو يراجع مشرفًا نصبه عليه لم يصح لأنه قد لا يجده عند الحاجة، أو لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابح. انتهى.

هذا التعليل ينتقض بما إذا قارض اثنين وشرط عليهما الاجتماع في التصرف، فإنه جائز كما ستعرفه، بل الصواب تعليله بأن موضوع القراض أن يكون المال من رب المال، والعمل من العامل.

فالجمع بينهما على رب المال ينافي مقتضاه، لأن بعض الربح يكون له بعمله وماله.

قوله: ولو شرط أن يعمل معه غلام رب المال ولم يحجر عليه في التصرف وحده ففيه وجهان والأكثرون علي الجواز.

ولو شرط أن يعطيه بهيمة ففي «التتمة» أنه على الوجهين، ومنهم من قطع بالجواز. انتهى.

والمعروف طريقة الخلاف فهي المذكورة في «المجرد» لسليم وفي «البحر» للروياني، ونقلها القاضي أبو الطيب عن ابن سريج ولم ينقل خلافها.

قوله: فلو عين للتصرف نوعًا يقدر كـالياقوت الأحمر والحر الأدكن ... إلى آخره.

الأدكن بالدال المهملة والكاف هو الذي يضرب لونه إلـى السواد، مشتق من: الدكنة بضم الدال ،من كلامهم دكن الثوب بالكسر يدكن بالفتح دكنًا، قاله الجوهري.

قوله: والإذن في البزهل يتناول الأكسية؟ فيه وجهان، لأنها ملبوسة لكن لا يسمى بائعها بزازًا، انتهى.

والأصح عدم التناول، كذا قاله في «الروضة».

قوله: ولو قال: قارضتك على أن يكون الربح كله لـك فهو قراض فاسد رعاية للفظ وقيل: قراض صحيح رعاية للمعنى.

ثم قـال: ولو قـال: أبضـعـتك على أن [الـربح لك فـهل هو إبضـاع أو قرض؟ فيه الوجهان.

ولو قال: أبضعتك على أن] (١) نصف الربح لك فهل هو إبضاع أو ربح قرض؟ الوجهان، انتهي كلامه.

وقد أسـقط النووي من «الروضة» المسألة الثـانية إما لانتقـال نظره حالة الاختصار من قوله أبضعتك إلى قوله أبضعتك، كما يقع كثيرًا للنساخ.

أو لانتقال نظر ناسخ الأصل الذي اختصر منه.

والقـرض المذكور في المسـألة الساقـطة بغيـر ألف بخلاف المذكـور في الثالثة.

قوله: في «الروضة»: ولو قال: على أن ثلث الـربع لك وما بقي فثلثه لي وثلثاه لك صح.

وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل.

---

(١) سقط من ب.

هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كما هو، فإن جهلاه أو أحدهما صح أيضاً على الأصح، وبه قطع في «الشامل» لسهولة معرفته.

ويجري الخلاف فيما إذا قال لك عن الربح سدس ربع العشر، انتهى.

لم يصحح «الرافعي» من الوجهين شيئًا بالكلية وإنما قال: فوجهان عن صاحب «التقريب».

الذي أورده صاحب «الشامل» منهما هو الصحة.

هذا لفظه وقد جزم القاضي الحسين في «تعليقته» بعدم الصحة.

نعم: في «الحاوي» أنه يصح كما في «الشامل»، ويدل عليه أنهم أجمعوا كما قال القاضي الحسين هنا على أنه لو باع مرابحة وجهلا حالة العقد حسابه صح العقد.

قوله: ولو شاء في مرض الموت وزاد الحاصل على أجرة المثل فوجهان:

أحدهما: أنه لا تحسب الزيادة من الثلث أيضاً لأنه لم يكن حيئذ ثمرة وحصولها منسوب إلى عمل العامل.

وأشبههما: نعم لأن الثمار قد تحصل من غير عمل فكانت كالشيء الحاصل، انتهى.

وهذا التعليل لا يتمشى إذا كانت الثمرة موجودة فهل الأمر كما يقتضيه التعليل من كون الخلاف مخصوصًا بما قبل وجودها أم الخلاف مطلق ولكن التعليل مردود؟ فيه نظر.

قوله: ويجوز أن يقارض الواحد اثنين سواء سوى بينهما أو فاوت.

قال الإمام: وإنما يجوز إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال، فإن شرط على كل واحد منهما مراجعة الآخر لم يجز، وما أرى أن الأصحاب

يساعدوه عليه ، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن الأمر كما ظنه الرافعي من الجواز في هذه الصورة.

فقد نقله الإمام بعد هذا عن ابن سريج.

وصرح به القاضي أبو الطيب، وكذلك الغزالي في «البسيط».

وذكر في «الوسيط» نحوه أيضاً.

وقال في «المطلب» في الشرط الرابع: إنه المشهور.

نعم: رجح البويطي من فقه نفسه أنه لا يجوز فقال في باب المضاربة: لو قارض رجلين على أن يشتركا لم يجز لأن هذا قراض وشركة، وقيل: يجوز.

الأمر الثاني: أن ما نقله عن الإمام من تجويزه إذا أثبت لكل منهما الاستقلال ليس كذلك، بل الذي جزم به الإمام أنه: لا يجوز فإنه نقل أولا أن الأصحاب جوزوه، وأن فيه إشكالاً يأتي، ثم جزم في الموضع الذي وعد بذكره بالمنع فقال في أوائل الكتاب: قد أطلق الأصحاب جواز مقارضة الرجل الواحد رجلين، وهذا فيه تفصيل، فإن شرط أن لا يستقل واحد منهما بالتصرف دون صاحبه فالذي يدل عليه ظاهر الكلام الأصحاب أن ذلك فاسد، وإن أثبت لكل واحد منهما الاستقلال بالتصرف فهذا هو الذي جوزوه وفيه إشكال يأتي في أثناء الكتاب. هذا كلامه.

ثم ذكر المسألة في أواخر الكتاب في أثناء قوله فصل في مقارضة الرجل رجلين فقال: إن الأصحاب أطلقوا القول بجواز مقارضة الرجل الرجلين وفيه إشكال، فإنه إن فرض ذلك على أن يستبد كل منهما بالتصرف إذا اتفق متجر وكل منهما لا يثق بتصرف نفسه ولا يأمن أن يكون تصرفه مسبوقًا بتصرف صاحبه وإذا لم يتفق من أحدهما عمل أصلاً، وجرى العمل كله

من الثاني فيستحيل أن يستحق من لم يعمل شيئًا، ويجب أن يكون المشروط للعامل، وفيه أيضًا إشكال فإنه لم يشترط الربح له وحده، ثم يلزم منه إذا قبل ذلك أن يختلف النصيب بمقدار العملين، وهذا أمر لا ينضبط، وإن كان القراض على أن لا ينفرد أحدهما فهو يشبه ما إذا شرط على العامل أن يراجع رب المال أو شخصًا آخر وهو فاسد.

ونحن نقول: في الصورة الأولى القراض فاسد لاشك فيه فلنخرج هذه الصورة عن إرادة الأصحاب.

وأما في الصورة الثانية فالإشكال الذي ذكرناه فيها يعارضه التعاون والتناصر.

وقد يتجه في مقارضة الرجل الرجلين أن يحمل على كون كل واحد منهما مقارضًا في قسط من المال، وكلام الأصحاب يشير إلى ذلك ثم قال: وقد خرج مما ذكرناه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يثبت لكل منهما الاستقلال في جميع المال فباطل لاشك فيه.

والثاني: أن يشترط تفاوتهما على العمل في جميع المال، فهذا محتمل كما رددنا القول فيه، والأظهر: البطلان.

والثالث: أن يجعل كلاً منهما عاملاً في شطر المال، وهذا جائز لا يرده راد.

هذا كلام الإمام بحروفه، وهو مشتمل على فوائد، وحاصله أنه مخالف لما أطلقه الأصحاب سواء أكان مرادهم هو الصورة الأولى أم الثانية، ولاشك أن الرافعي وقف على الكلام الأول فاغتر به، ولو تأمله أيضًا لم يقل ما قاله.

نعم كلام الإمام أولاً يدل على أن صورة الاجتماع أولى بالبطلان عند

الأصحاب من الاستقلال ، وكلامه أخيرًا فيما اختاره بالعكس.

قوله: فرع: قال المزني في «المختصر» لو دفع إليه ألف درهم، وقال اشتر بها هرويًا أو مرويا بالنصف فهو فاسد.

واختلفوا في تعليقه؛ فالأصح وفي سياق الكلام ما يقتضيه: أن الفساد باعتبار أنه تعرض للشراء دون البيع.

ثم قال: وعن ابن أبي هريرة أن سبب الفساد أنه تردد بين النوعين، ولم يعين واحدا ولا أطلق التصرف في أجناس الأمتعة، واعترض القاضي الحسين عليه بأنه لو عين أحدهما لحكمنا بالصحة، فإذا ذكرهما على الترديد، فقد زاد العامل بسطه وتخييراً فينبغي أن يصح بطريق الأولى، انتهى كلامه.

وقد استفدنا من مجموع ما ذكره أن صيغة «أو» هنا لا تقدح في هذا العقد على الصحيح، وهذا هو مقتضى كلام النووي أيضًا، وإن كان قد أبطل من زوائده الاعتراض خاصة.

لكن ذكروا في الإجارة أنه لو أجره أرضا ليزرع أو يغرس بطل.

وإن قال إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس صح على الأصح، ويتخير المستأجر بينهما. فالقياس إبطاله هنا أيضًا بذلك.

الباب الثاني: في حكم القراض الصحيح

قوله: من أحكام القراض تصرف العامل بالغبطة كتصرف الوكيل. انتهى.

وما ذكره من اشتراط الغبطة في هذ التصرف ذكره أيضًا في «الشرح الصغير» و«المحرر» وهو كلام مدخول، فإن تصرف الوكيل ومن في معناه على أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بالغبطة، والغبطة كما قاله في «المطلب» هنا هي الزيادة على القيمة زيادة لها بال.

الثاني: أن يكون بالمصلحة كشراء ما يتوقع فيه الربح أو بيع ما يتوقع فيه الخسران.

والثالث: أن يكون بلا ضرر كبيع قفيز من حنطة بمثله، ونحو ذلك ، مما لا ربح فيه ولا خسران.

والرابع: أن يكون فيه ضرر كالبيع والشراء بالغبن الفاحش.

فالقسم الأول ليس شرطا في الوكيل يدل عليه تجويزهم له البيع والشراء بثمن المثل.

والثالث لا يكفي فإنه يدخل فيه البيع بثمن المثل مع وجود راغب بزيادة، مع أنه ممتنع وكذلك يدخل فيه أيضًا ما ذكرناه من بيع القفيز بمثله ونحوه مع أنه ممتنع في ولي اليتيم.

كما نقله إمام الحرمين في كتاب الشفعة عن والده فقال: وكان شيخي يقطع بأن التصرف الذي لا خير فيه ولا شر ممنوع.

قال: وهذا حسن متجه، ويوافقه قول الماوردي: أنه يشترط في الشراء للمحجور عليه بقصد التجارة أن يكون الربح حاصلاً منه في الغالب حالاً أو

مآلا.

وقال أيضًا هنا: لا يجوز للعامل أن يشتري شيئًا بثمن مثله، وهو لا يرجوا حصول ربح فيه وهذه الأبواب كلها حكمها واحد.

والرابع: امتناعه واضح؛ فتعين الثاني، وهو اعتبار المصلحة.

لا جرم أن النووي قد عدل عن تعبير الرافعي وعبر في «الروضة» بالمصلحة، وفي «المنهاج» بقوله محتاطًا، ولم ينبه على التعبير.

وعبر الغزالي أيضًا في باب الشركة من «الوجيز» بالغبطة في تصرف الشريك فتبعه عليه في «المحرر» وأبدله في «المنهاج» بقوله بلا ضرر وكلا التعبيرين مدخول، والصواب اعتبار المصلحة.

قوله: وله شراء المعيب إذا رأى فيه ربحًا فإن اشتراه بقدر قيمته فوجهان. انتهى.

والأصح هو: الجواز، كذا صححه القاضي الحسين في «تعليقه» والنووي في «زوائد الروضة» وقيده بما إذا رأى فيه المصلحة.

قوله: ويجوز للمالك وللعامل الرد بالعيب إن كانت الغبطة في الرد، وإن كانت في إمساكه لم ينفرد أحدهما به في أظهر الوجهين.

ثم الذي حكاه الإمام، أن العامل يرد على البيع وينقض البيع، وأما الملاك فينظر إن كان الشراء بعين مال القراض فكمثل، وإن اشترى العامل في الذمة فيصرفه المالك عن مال القراض، وفي انصرافه إلى العامل ما سبق في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل أي من التفرقة بين أن يسميه في العقد أم لا، وبين أن يصدقه البائع على الشراء لغيره أم لا.

وقد تقدم ما فيه من الخلاف في الوكالة. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن التعبير بالغبطة قد ذكره في «المحرر» وغيره.

والصحيح: أن التعبير بالمصلحة لأجل ما سبق قريبًا وقد تفطن في «المنهاج» لذلك فأصلحه وغفل عنه في «الروضة».

الأمر الثاني: أن ما ذكره في آخر كلامه من أن الخلاف في انقلاب العقد إلى الوكيل جار في العامل كلام موهم، بل ظاهر في أنه من تتمة كلام الإمام، مع أن الإمام جازم بأنه ينقلب للمقارض.

وإن حكى الخلاف في باب الوكالة وفي هذا الباب في انصراف العقد عن الموكل إلي الوكيل وأشار إلى فرق بينهما علي أحد الوجهين، وهو أنه لاحق للوكيل فيما وقع العقد عليه بخلاف العامل يعني بأن له حقًا في المعقود عليه فجاز لأجله أن نحكم بالإتلاف إليه.

قوله: والعبد المأذون في التجارة، إن اشترى من يعتق على سيده... إلى آخره.

هذه المسألة كلها سبق في باب معاملات العبيد الكلام عليها، وتصحيح القولين المحكيين فيها بلا تصحيح فراجعها.

قوله: والحالة الثانية: أن يقارض العامل شخصًا بغير إذن المالك فهو فاسد، لأن المالك لم يأذن فيه، فلو تصرف العامل الثاني وربح، فإن اشترى بالعين فهو تصرف فضولي، وأما إذا باع سلمًا أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فيما التزمه وربح فعلى الجديد الربح للغاصب لأن تصرفه صحيح والتسليم هو الفاسد.

والقديم: أنه للمالك لئلا يتخذه الناس ذريعة إلى الغصب.

ثم اختلفوا فقال الأكثرون: لا فرق في حصول الربح [للمالك][1] بين أن يختار الإجازة أم لا، وقيل إن اختار الإجازة كان له، وإن اختار الفسخ فلا.

---

(١) سقط من جـ.

وإنما لم يتعرض الشافعي ـ رحمه الله ـ للفسخ والإجازة لأن الغالب أنه يجيز إذا رأى الربح، فعلى هذا إذا رده يرتد. انتهى كلامه.

وما ذكره من كون الشافعي لم يتعرض للفسخ والإجازة بالنسبة للربح ليس كذلك، بل قد نص عليه على هذا القول كما نقله عنه جماعة منهم سليم في «المجرد» ونقله عنه أيضًا في «المطلب».

قوله: فإن قلنا بالقديم وهو أن ربح الأموال المغصوبة للمغصوب منه، ففيما يستحقه العامل من الربح وجهان.

أحدهما: ولم أره إلا في كتاب أبي الفرج السرخسي أن كله للمالك كما في الغصب طردًا للقياس.

وأصحهما: النصف خاصة لرضاه به. انتهى.

وهذا الوجه الذي لم يره إلا في «الأمالي» قد صرح بحكايته صاحب «الحاوي» وعزاه إلى ابن سريج.

قوله: أما إذا سافر بالإذن فلا عدوان، انتهى.

وهذا في سفر البر، أما في البحر فقال في «الروضة»: ليس له سلوكه بإطلاق الإذن في السفر، بل لابد من التنصيص عليه.

قوله: وإدراج الثياب في السفط إلى آخره.

السفط بفتح الفاء كما ضبطه الجوهري جمعه أسفاط، وهو وعاء يجعل فيه التجار أمتعتهم.

قوله: فروع على القول بوجوب النفعة للعامل في السفر: منها لو استصحب مال نفسه مع مال القراض، وزعت النفقة على قدر المالين [(١)قال الإمام: ويجوز أن ينظر إلى مقدار العمل، وفي «أمالي السرخي» أنها إنما توزع إذا كان ماله قدرًا يقصد السفر له. انتهى.

---

(١) بداية سقط من أ.

وليس في كلامه هنا ولا في كلام «الروضة» ما يدل على أن ما حكاه عن «الأمالي» حكاية لوجه آخر مرجوح أو تقييد لما أطلقه غيره حتى يكون ذلك الإطلاق محمولاً عليه، وقد بين ذلك في «الشرح الصغير» فجعله قيدًا في المسألة.

وجزم به ولم يعزه إلى أحد ونقل في «الروضة» عن صاحب «الإفصاح» وصاحب «البيان» أنهما قالا كقول السرخسي.

قال في «المطلب»: وهو حسن.

ثم اعلم أن صاحب «البيان» إنما نقل ذلك عن صاحب «الإفصاح» خاصة فاحذر ما في «الروضة» من الإيهام.

قوله: ومنها: أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد لم يأخذ لتلك المدة. انتهى.

تابعه على هذا الإطلاق، ومحله إذا كان ذلك لشيء يختص به لعارض مرض ونحوه، أما إذا كان لأجل مال القراض انتظارًا لبيعه وقبض ثمنه أو التماساً لحمله، أو لسبب يتعلق به فنفقته فيه كنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض، كذا قاله الماوردي، وهو متعين.

قوله: ومنها: لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض فهو زيادة تأكيد إذا قلنا بالوجوب أما إذا لم نقل به، فأظهر الوجهين: أنه يفسد العقد كما لو شرط نفقة الحضر، والثاني: لا، لأنه من مصالح العقد، فعلى هذا هل يشترط تقييده؟ فيه وجهان، انتهى.

لم يصحح شيئاً في «الروضة» أيضًا، وقال في «المطلب»: إن أظهر الوجهين عدم الاشتراط.

قوله: وما يقع في مال القراض من الزوائد كثمرة الشجرة ونتاج البهيمة يفوز به المالك.

وقيل: مال قراض، وعلى هذا فقد قال الغزالي: إنه من الربح، وهو قضية ما في« التهذيب» وأورد بعض أصحاب الإمام أنها لا تعد من الربح خاصة ولا من رأس المال بل هي شائعة. انتهى كلامه.

وهذا الذي نقله عن بعض أصحاب الإمام قد نقله الإمام نفسه في «النهاية» في أثناء الكلام على المسألة فقال عقب كلام نقله عن الشيخ أبي حامد: لا يحكم فيها بأنها أرباح أو زوائد، ولكن [هي من مال القراض، وحمله مال القراض لا يتميز فيها عن طريق التعيين، ولكن][١] رأس المال والربح شائع، هذا كلامه.

وحكى في «الروضة» وجهين، وصرح بتصحيح أنها من الربح، ومال إلى ترجيحه في «المطلب».

قوله: ولو أتلفه أجنبي أخذ بدله، وكفى القراض فيه، ولو أتلف العامل، قال الإمام: يرتفع القراض لأنه وإن وجب بدله عليه لا يدخل في ملك المالك إلا يقبض منه، وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض.

ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو أتلف من الخصم، فيه وجهان:

أظهرهما: أن الخصم المالك إن لم يكن في المال ربح وهما جميعًا إن كان فيه ربح، والثاني: أن للعامل المخاصمة بكل حال حفظًا للمال فيشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعًا على أن العامل خصم، وبتقدير أن يقال: إنه وإن لم يكن خصمًا لكن إذا خاصم المالك وأخذ، عاد العامل إلي التصرف فيه بحكم القراض لزم مثله فيما إذا كان العامل هوالمتلف. انتهى كلامه.

وما ذكره أولاً بحثًا من كونه مفرعًا على أن للمالك المخاصمة، نقله في

---

(١) سقط من جـ.

«المطلب» عن القاضي حسين وعن الإمام أيضًا، وما ذكره ثانيًا من لزوم إلحاق العامل بالأجنبي ليس بلازم، فقد فرق بينهما القاضي حسين في «تعليقه» فقال: والفرق بين إتلاف الأجنبي وإتلاف المالك والعامل أن لهما الفسخ ولذلك جعلنا إتلافهما فسخًا، هذا كلامه.

نعم: حرم ابن يونس في «شرح التنبيه» بما ذكره بحثًا.

قوله: ولو اشترى العامل ثوبًا بألف في الذمة وكان رأس المال ألفًا فتلفت قبل التسليم، قال في «البويطي»: يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل، فقال بعض الأصحاب: هذا إذا كان التلف قبل الشراء، فإن كان بعده وقع للمالك ولزمه ألف أخرى، وقال ابن سريج: يقع عن العامل مطلقًا. انتهى ملخصًا.

قد جزم الرافعي في أول هذا الباب ـ أعني: الباب الثاني ـ بالوجه الأول، فإنه علل منع الشراء بالنسبة بقوله: لأنه ربما يهلك رأس المال فتبقى العهدة متعلقة به، أي: برب المال ـ وحذف هذا التعليل من «الروضة» وصحح في «تصحيح التنبيه» الثاني، وهو إيجابها على العامل ولم يصحح شيئا في «الروضة»، ولم يتعرض الرافعي للمسألة في «الشرح الصغير» ولا في «المحرر» .

نعم : ذكر الرافعي في نظيره من العبد المأذون أن السيد مخير بين الإعطاء والفسخ على الصحيح ولم يصحح في نظيره من الوكالة شيئا.

وتابعه في «الروضة» على ذلك، وقد رأيت كلام الشافعي ـ رحمه الله ـ في« البويطي » وهو كما قالوه محتمل لكل من الوجهين السابقين.

قوله: في المسألة: فإن قلنا بالأول فرأس المال ألف أو ألفين؟ فيه وجهان، فإن قلنا بالأول فهل هو الألف الأول أو الثاني؟ فيه وجهان تظهر فائدتهما عند اختلاف الألفين في صحة صفة الصحة وغيرها. انتهى.

لم يصحح شيئًا في «الروضة» أيضًا.

والراجح من الوجهين الأولين أن رأس المال ألفان.

فقد قال البندنيجي في «تعليقه»: إنه المذهب وأن مقابله ليس بشيء.

وجزم به أيضًا الماوردي ورجحه في «البيان» وأمـا الوجهان الأخيرًان فقد جزم بالثاني منهما سليم في «المجرد»، والقاضي حسين في «التعليق»، وابن الصباغ في «الشامل».

الباب الثالث: في الفسخ والتنازع

قوله: ولو حبس العامل ومنعه من التصرف أو قال: لا قراض بيننا، ففي انعزاله وجهان: أشبههما: أنه لا ينعزل أيضًا.

ذكرهما أبو العباس الروياني في «الجرجانيات» انتهى كلامه.

وقد حذف النووي من «الروضة» هذا الترجيح ثم قال من «زياداته»: ينبغي أن يكون الأصح في الحبس أنه لا ينعزل، وفي الإنكار أنه ينعزل.

وما ذكره ـ رحمه الله ـ في الإنكار مشكل، بل ينبغي أن يكون كإنكار الوكالة، فإن حقيقة القراض أنه توكيل في التصرف، والصحيح فيه الفرق بين أن يكون لغرض أو لا، فلا اعتماد إذن على هذا الترجيح الواقع في «الروضة» لأنه مخالف لما في الرافعي، ومخالف للقواعد.

قوله: فإذا مات المالك فأراد الوارث الاستمرار على العقد الأول فلهما ذلك بأن يستأنفا عقدًا وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير، بأن يقول الوارث أو القيم بأمره تركتك أو قررتك على ما كنت عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: لا، لأن التقرير يشعر بالاستدامة، وهذا ابتداء عقد.

وأظهرهما عند الإمام: نعم، لفهم المعنى. انتهى.

والصحيح هو الانعقاد، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في «أصل الروضة» ولم ينبه فيها على أنه من زياداته فتفطن له.

وجزم القاضي الحسين بالصحة، إذا كان المقرر هو الوارث، وقال: إنه لا خلاف فيه.

وقال فيما إذا صدر من القيم بأمره: إن الظاهر من المذهب عدم

الصحة، وعليه اقتصر في «الإبانة».

قوله: وإن كان أي استرداد الطائفة من المال بعد ظهور الربح فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة بين جملتي الربح ورأس المال، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه فلا يسقط بالنقصان الحادث بعده.

مثاله: رأس المال مائة ، وربح عشرين، ثم استرد المالك عشرين، فالربح سدس المال يكون المأخوذ سدسه ربح، وهو ثلاثة دراهم وثلث، فيستقر ملك العامل على نصفه، إذا كان الشرط المناصفة وهو درهم وثلثان، حتى لو انخفضت السوق وعاد ما في يده إلي ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذ الكل، ويقول كان رأس المال مائة وقد أخذت عشرين أضم إليها هذه الثمانين لتتم لي المائة، بل يأخذ العامل من الثمانين درهما وثلثين، ويرد الباقي. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره في آخر كلامه من كون العامل يأخذ مما في يده خارجة عن قواعدنا، وذلك لأنا لما جعلنا المسترد شائعًا لزم أن يكون نصيب العامل في عين المال المسترد إن كان باقيًا، وفي ذمة المالك إن كان تالفًا، ولا يكون متعلقًا بالمال الباقي، إلا بسبب يقتضي التعلق من رهن أو غيره، ولم يوجد ذلك حتى لو أفلس لم يتقدم به، بل يضارب.

ولو فرضنا التعلق لم يكن شريكًا، بل لو فرضنا الشركة لم يستقل بالأخذ، بل لابد من الاجتماع على القسمة، ولو كان نصيب العامل منحصراً فيما بقي في يده لكان إذا ربح ما اشترك بالثمانين يكون ما قابل حصة العامل منها عوضاً عن حصته في ربح القدر المسترد، وهو درهم وثلثان يختص به.

وربح ما عدا ذلك بين رب المال والعامل على ما شرطا؛ فينبغي تأويل كلام الرافعي.

والغزالي في«الوسيط» ذكر كما في الرافعي، وأما في «البسيط» فكلامه يقتضي التعلق لا الشركة.

فإنه قال له ـ أي للعامل ـ أن يرد المال وهو ثمانون إلى المالك، ولا يفوز به المالك ما لم يسلم إليه نصف سدس العشرين [أو شرط له ذلك.

وفي بعض نسخه فله أي للعامل أن لا يرد المال وهو ثمانون إلى المالك، ما لم يسلم إليه نصف سدس العشرين] (١) وهو مثله أيضًا.

الأمر الثاني: أن ما ذكره صحيح إذا أخذ المالك العشرين بغير رضى العامل، فإن أخذها برضاه نظر إن قصد أخذه من رأس المال فيختص به، وكذا إن قصد الأخذ من الربح، وفي هذه الحالة يملك العامل مما في يده مقدار ذلك على الإشاعة.

وإن أطلقا حمل على الإشاعة، وهل يكون نصيب العامل قرضًا أو هبة؟

فيه نظر، والأشبه الأول نبه على ذلك كله في «المطلب».

قوله: ولو قال العامل: اشتريته لنفسي، وقال المالك: بل للقراض، فالقول قول العامل لأنه أعرف بقصده.

قال في «المهذب»: فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض ففي الحكم بها وجهان وجه المنع أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض متعديًا فيبطل البيع، انتهى كلامه.

لم يصحح شيئا في «الروضة» أيضًا، والصحيح عدم الحكم.

(١) سقط في ب.

فقد صححه الماوردي والشاشي والفارقي وابن عصرون في «المرشد».

قال ابن عصرون: وترد العين إلى البائع، ويعاد الثمن إلى مال القراض، وجزم في «المطلب» بالحكم بالبينة وهو غـريب، وكأنه لم يقف إلا على كلام الإمام، فإنـه ذكر أن العامل إذا اشتـرى لنفسه بمال القراض لغت نيـته ودفع القراض.

قوله: ليس للعـامل التصرف في الخمر شـراء أو بيعًا خلافًـا لأبي حنيفة في الذمي، فلو خالف واشـترى ودفع المال في ثمنه عن علم فهـو ضامن وإن كـان جـاهلاً فكذلك على الأشـهر، بـل في «التهـذيب» وجـه غـريب أنه لا يضمـن، وأبعد منه وجـه نقله في «الشامل» أنه لا يضـمن حالة العلـم أيضًا، لأنه قصد الفضل أي الزيادة بحسب رأيه، انتهى. كلامه.

فيه أمران:

أحدهـما: أن هذا الكلام يقتضي أن صاحب «الشـامل» قد صرح بعدم الضـمان مع العلم، وليـس كذلك بل المذكـور فيـه حكاية وجـه مطلق عن تعليق أبي حامـد أنه لا يضمن، ولـم يتعـرض فيه لجهل ولا علم، وحـينئذ فيمكن حمله على حالة الجهل.

الأمر الثـاني: أن محل هذا الوجه وهو عدم الضمان حالة العلم إذا كان العامل كـافرًا، فإن كان مـسلمًا ضمن قطعًا، كـذا نقله في «زوائد الروضة» عن «البيان» وهو ظاهر.

كتاب المساقاة

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانها

قوله: وأما غير الكرم والنخل من الأشجار ففيها قولان: القديم: أنه يجوز المساقاة عليها للحاجة.

والجديد: المنع. انتهى.

فيه أمور:

أحدها: أن ما اقتضاه كلامه من رجحان المنع تبعه عليه في «الروضة» وأكثر كتبه فصحح المنع ولم يرجح خلافه.

واختار في «تصحيح التنبيه» صحة المساقاة عليها.

الثاني: أن محل المنع إذا أفردت هذه الأشياء بالمساقاة، فإن ساقى عليها تبعًا لنخل أو عنب ففيه وجهان في آخر باب المزارعة من الرافعي من غير ترجيح أصحهما في «الروضة» هناك أنه يجوز قياسًا على المزارعة فتفطن لذلك .

الثالث: أنه قد ثبت في «صحيح مسلم» النهي عن تسمية العنب كرمًا(١).

قال: ولا تقولوا: الكرم وقولوا : الحبلة يعني العنب فكان الأولى للمصنف ألا يعبر به .

والحبلة بالحاء المهملة والباء الموحدة المفتوحتين، وربما جاء بتسكين الباء قاله، الجوهري.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٨٢٨)، ومسلم (٢٢٤٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

قوله: وإذا قلنا بالجديد ففي شجر المقل. وجهان. انتهى.

والفتوى على الجـواز ، فقد نص عليه الشافعي ـ رحـمه الله ـ كما نقل القاضي أبو الطيب وإطلاق «المحـرر» و«المنهاج» و«الشرح الصغيـر» يقتضي المنع.

وصرح به النووي في «زيادات الروضة» وهو مردود لما ذكرناه.

قوله: والضرب الثاني: ما لا ثمر له كالدلب والصنوبـر وما أشبههما فلا تجوز المساقاة عـليها ، وعن الشيخ أبي علي وغيره أنا إذا جـوزنا المساقاة على غيـر النخيل والكرم من الأشجار المثـمرة، ففي المسـاقاة على شجر الفـرصاد وجـهان تنزيلاً لأوراقـهـا منزلة ثمار الأشـجـار، وكذلك في شـجر الخـلاق لأغصانها انتهى كلامه.

أسقط من «الروضـة» حكاية الخلاف في شجر الفـرصاد فأشعـر كلامه بالجزم بالمنع.

والدُّلْب: بضم الدال المهملة، وإسكان اللام وبالباء الموحدة.

والصنوبر: بفتح الصاد، قال الجوهري، والفرصاد: هو التوت الأحمر، كما قاله الجوهري، ولكن المراد هنا شجرة سواء أكان أحمرًا أم لا.

قوله «في الروضة»: وما يجز مرة بعـد مرة فالمذهب المنع، وقيل وجهان. انتهى.

لم يصرح الرافعي بحكاية طريقين، وإنما قال: نقل صاحب «التتمة» فيه وجهين الأصح الشهر والمنع هذا لفظه من غير زيادة عليه.

قوله: ولو ساقى على وَدِي[1] مغروس، فإن قدر العقدة بمدة لا يثمر فيها في العادة لم تصـح المساقاة لِخلوها عن العـوض، وفي استـحقاقـه أجر المثل الخـلاف السـابق أي في اشـتـراط جـمـيع الثـمـرة للمـالك، والأصح عـدم

---

(١) هو صغار النخل.

الاستحقاق.

قال الإمام: هذا كان عالمًا بأنها لا تثمر فيها فإن جهل ذلك استحق الأجرة وجهًا واحدًا. انتهى.

وما نقله عن الإمام من دعوى عدم الخلاف قد تابعه عليه أيضًا في «الروضة»، وعبر بقوله قطعًا.

ودعوى ذلك غلط منهما علي الإمام، فإنه قد حكى الخلاف في هذه الحالة أيضًا، ونقله عنه ابن الرفعة.

قوله: المخابرة من الخبير وهو الأكار ويقال: هي مشتقة من الخبار، وهي الأرض الرخوة. انتهى.

فأما الخبير فهو على وزن العليم.

وأما الأكاز: فبهمزة مفتوحة وكاف مشددة وراء مهملة هو المزارع.

وأما الخبار: فهو بفتح الخاء وتخفيف الباء، ولابد في تفسيره من قيد آخر. ذكره الجوهري فقال: الخبار الأرض الرخوة ذات الحجارة، وأيضًا فليس الأمر على ما يقتضيه كلامه من اشتقاق المخابرة من الخبير، بل صوابه العكس.

قوله: ولو شرط للعامل نصف الثمرة وربع الزرع جاز على الأصح، وقيل: يشترط لأن التفصيل يزيل التبعية، انتهى.

تابعه النووي في «الروضة» على تصحيح الجواز وخالف في «نكت التنبيه».

فقال: الأصح: المنع، والصواب: ما سبق.

قوله: وإن كثر البياض المتخلل جازت المزارعة في أصح الوجهين.

ثم قال: وهل النظر في الكثرة إلى زيادة النماء أو إلى مساحة البياض، ومساحة المغارس؟ فيه تردد للأئمة. انتهى.

لم يصحح شيئًا في «الشرح الصغير» والصحيح: هو النظر إلى المساحة، كذا قاله في «الروضة».

قوله: في «الروضة»: الرابع: لو شرطا كون البذر من العامل فهي مخابرة والأصح منعها.

ثم قال: ولو شرطا أن يكون البذر من المالك والبقر من العامل أو عكسه.

قال أبو عاصم العبادي: فيه وجهان أصحهما: الجواز؛ إذا شرطا البذر على المالك لأنه الأصل فكأنه إكترى العامل وبقره قال: فإن جوزنا فيما إذا شرط البقر على المالك والبذر علي العامل، نظر إن شرط التبن والحب بينهما جاز، وكذا لو شرط الحب بينهما والتبن لأحدهما لاشتراطهما في المقصود.

وإن شرط التبن لصاحب البذر، وهو مالك الأرض وشرط الحب للآخر لم يجز، لأن المالك هو الأصل فلا يمنع المقصود.

وإن شرطا التبن لصاحب البذر وهو العامل فوجهان.

ولا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلاً. انتهى لفظه بحروفه.

وما ذكره في آخر كلامه من أنه لا يجوز شرط أحدهما لأحدهما، والآخر للاخر أصلاً عجيب، فإنه داخل فيما قبله ومناقض له مناقضة عجيبة فتأمله.

وكلام الرافعي صحيح، فإنه عبر بقوله: وقيل: لا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلا.

هذه عبارته وحاصلها طريقة قاطعة، فلما حكى الوجهين نقل عن بعضهم أنه لا يجوز أصلاً.

قوله: وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوى النخيل، والعنب من الشجر

المثمر منفردا ففي جوازها تبعًا للمساقاة كالمزارعة وجهان، انتهى.

والصحيح كما قاله في «الروضة» هو الجواز كما سبق التنبيه عليه في أول الباب.

قوله: وهل يشترط في المساقاة رؤية الحديقة والأشجار؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على قول بيع الغائب.

وثانيهما: القطع بالاشتراط لأنها عقد غرر، وإيراد «الكتاب» يقتضي ترجيح هذه الطريقة. انتهى كلامه.

ذكر نحوه في «الشرح الصغير» والصحيح: طريقة القطع، كذا صححها الماوردي والروياني والنووي في أصل «الروضة».

قوله: ولو قال: ساقيتك على أن الثمرة بيننا أو على أن نصفها لي، وسكت عن الباقي، أو على نصفها لك وسكت عن الباقي، أو على أن ثمرة هذه النخلة أو النخلات لك أو لي، والباقي بيننا أو على أن صاعًا من التمر لك أولي والباقي بيننا فكل ذلك فاسد على ما مر في القراض، انتهى كلامه.

هكذا وقع في أكثر نسخ «الشرح الكبير» أعني التعبير بقوله: فكل ذلك فاسد إلى آخره.

وهو غلط فإنه قد سبق في القراض أن بعض هذه الصور فاسد، وبعضها صحيح، فيصح فيما إذا قال: بيننا، فيما إذا قال: على أن لك النصف ويفسر في الباقي.

وعبر في «الشرح الصغير» و«الروضة» بقوله: وكل ذلك كما مر في القراض وهو صحيح.

قوله: كالصيحاني[1] والدقل.. إلى آخره.

---

(١) الصيحاني: قال الأزهري: الصيحاني ضرب من التمر أسود صلب المضغة، وسمي صيحانيًا؛ لأن صيحان اسم كبش كان ربط إلى نخلة بالمدينة فأثمرت تمرًا صيحانيًا.

الدقل: بدال مهملة مـفتوحة وقاف مـفتوحة أيضًا هو أردأ التـمر، قاله الجوهري.

قوله: ولو شرط في المساقاة مساقاة أخرى فهو فاسد.

ثم قال: وهل تصح المساقاة الثانية؟

قال في «التـهذيب»: إن عـقدها على شـرط العقـد الأول فلا تصح وإلا فتصبح، وقد مر نظيره في الرهن. انتهى كلامه.

وهذه المسألة ونظائرها فيها اضطراب شديد أوضـحته في كتاب البيع من الباب الثالث المعقود للفساد من جهة النهي.

قـوله: ولو شرط له ـ أي: للعـامل ـ جـميع الثـمار فـسد، وفي الأجـرة وجهان، لأنه لم يعمل له، إلا أنه انصرف إليه، انتهى.

وأصح الوجهين هو: الاستحقاق، كذا قاله في «الروضة».

قوله: ولو شرط استـئجار العامل من يعـمل معه من الثمـرة بطل العقد؛ لأن قضية المساقاة أن تكون الأعـمال ومؤناتها عل العامل، ولأنه لا يدري أن الحاصل للـعامل كم هو، حتـى لو شرط له ثلثي الثـمرة ليصـرف الثلث إلى الأجراء ويخلص الثلث له فعن القفال أنه يصح، انتهى كلامه.

وقـد تلخص مما نقله لرافـعي عن القـفـال أن صـورة المنع أن لا يدري العامل نصيبه، كما لو أطلق الاستئـجار من الثمرة، لأن الأجرة قد تستغرق نصيبه.

فأما إذا بين مقدار ما يصـرفه إلى الأجراء من نصيب فإنه يصح، وذلك كالمثـال الذي ذكره الرافعي، فيـقول الرافعي: حتى ولو شـرط. . إلى آخره تفسير كما دلت عليه العلة الثانية فاعلم ذلك.

وقد أطلق في «الروضة» منع الاسـتئجار من الثمـرة وحذف هذه المسألة المنقولة عن القفال، وكأنه اشتبه عليه المراد.

قوله: في أصل «الروضة» : ولو فارق بين الجزء المشروط في السنين لم يصح على المذهب، وقيل: فيه قولان كالسلم إلى آجال، انتهى.

وما نقله عنه ههنا من التعبير بقوله لم يصح هو الموجود في نسخ «الروضة» ورأيته أيضًا كذلك في النسخة التي هي بخط مؤلفها رضي الله عنه، وهي عكس ما في الرافعي، فإن المذكور فيه هو الصحة.

وعبر بقوله: لم يصر فتحرف ذلك على الشيخ محي الدين ثم أن البطلان لا توجيه له من جهة المنع، ولم يذكر المسألة في «الشرح الصغير»، ولا في «المحرر» وقد نقله ابن الرفعة أيضًا على الصواب.

قوله: ويخالف ما لو ساقاه على ودي عشر سنين والثمر لا يتوقع إلا في العاشرة ليكون بينهما، فإنه يصح، لأنه شرط له سهمًا من جميع الثمرة ولو أنه أثمر قبل سنة التوقع لم يستحق العامل فيها شيء، انتهى كلامه.

أسقط النووي ـ رحمه الله ـ هذه المسألة كلها من «الروضة».

قوله: ولو تعاقد بلفظ الإجارة فقال المالك: استأجرتك لتتمر نخيلي بكذا من ثمرها ونوى بالإجارة المساقاة ففيه وجهان جاريان في الإجارة بلفظ المساقاة.

أحدهما: الصحة لما بين العقدين من المشابهة واحتمال كل واد من اللفظين معنى الآخر.

وأظهرهما: المنع لأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكنه تنفيذه في موضوعه نفذ فيه، وإلا فهو إجارة فاسدة.

والخلاف نازع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن تصحيحه عدم الإنعقاد مشكل مخالف للقواعد، فإن الصريح في بابه إنما يمتنع أن يكون كناية في غيره، إذا وجد نفاذًا في موضعه

كما إذا قال لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي، ونوى الطلاق فإنها لا تطلق، بل يقع الظهار كما ذكرناه، بخلاف ما إذا قال لأمته: أنت طالق، ونحوه، أو قال لامرأته: أنت حرة ، أو قال: وهبتك هذا بعشرة، فإنه يكون كناية لأنه لم يجد نفاذًا في موضوعه.

ومسألتنا هنا كذلك فتعين الذهاب إليه.

الأمر الثاني: أن في العكس إنما يأتي في الأشجار خاصة كم إذا قال: ساقيتك على تعهد أشجاري بمائة أو بألف، أما في الدار ونحوها فلا يأتي فيه ذلك.

الباب الثاني: في أحكام المساقاة

قوله: فكل ما يحتاج إليه الثمار لزيادتها وإصلاحها ويتكرر كل سنة فهو على العامل، وذلك كالسقي وتنقية الآبار والأنهار من الحمأة وتكريب الأرض في المزارعة وجعل العنقود في القوصرة والفدان في المزارعة، وقيل تنقية النهر على المالك كحفره وقيل على من شرطت عليه، فإن أطلق العقد فسد، انتهى.

الحمأة بتسكين الميم هو الطين، تقول حمأة البئر بتسكين الهمز حمأ إذا نزعت حمأتها وتحرف على النووي الحمأة بالحجارة فعبر بها في الروضة» والتكريب بالباء الموحدة في آخره كقولك: كربت الأرض إذ قلبتها للحرث، وفي المثل الكراب على البقر ويقال: الكلاب والقوصرة، بتشديد الراء، والفدان بفاء مفتوحة ودال مهملة مشددة آلة الثورين الحرث.

وقال أبو عمر: هي البقرة التي تحرث، قاله الجوهري.

قوله: والناطر والناطور: حافظ الكرم ، والجمع: النواطير، وذكر أن النطرة هي الحفظ بالعين، انتهى.

كان ينبغي أن يقول: الجمع النواطر والنواطير، لأن الناطر تجمع بغير

مدة قبل آخره لانتفاء المدة في مفرده قبل الأخير، كما يقول ضارب وضوارب، والناطور يجب فيه المدة لوجودها قبل آخره، كما تقول: عواميد في عمود وعامود فاقتصار الرافعي على واحد غير مستقيم.

نعم: جوز الكوفيون تعاقبهما على ما وجدت فيه المد، وما لم يوجد فيه.

قوله: وقد يقال: ناظور، بالظاء المعجمة. انتهى.

إلا أنهما ليسا لغتين كما تلخص من كلام الجوهري فإنه جعل ما فيه المهملة، لحافظ الكرم، وما فيه المعجمة للحافظ مطلقًا.

قوله: في أصل «الروضة»: وفي حفظ الثمار وجهان:

أصحهما: على العامل لحفظ مال القراض.

والثاني: على العامل والمالك، انتهى.

واعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد رجح أيضًا ما رجحه المصنف.

فقال: إنه الأظهر لكنه مع ذلك جعل الثاني أقيس، فقال: وأقيسهما كذا وكذا فاعلمه.

قوله: وفي ردم الثلم اليسيرة ألف تنفق في الجدران وجهان.

الأشبه: اتباع العرف، فكذلك في وضع الشرك على رؤوس الجدران وجهان، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن الوجهين اللذين أطلقهما أحدهما ويوجبه علي المالك والآخر علي العامل، كذا صرح به الإمام والغزالي في «البسيط»، وهو مقتضى ما في «الوسيط»، وأشار إليه الرافعي أيضًا بقوله: كما في تنقية الأنهار، وحينئذ فالذي قاله الرافعي بحثًا، وهو اتباع العرف كالمتوسط بين

الوجهين.

وعبر في «الروضة» بقوله: وجهان كسقية الأشجار، والأصح اتباع العرف فاقتضى ذلك ذهاب جماعة إليه وأنه المعروف، وليس كذلك.

الأمر الثاني: أن النووي في «الروضة» قد صحح في المسألة الثانية اتباع العرف أيضًا، ولم ينبه على أنه من زياداته، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له فإن كلام الرافعي إنما يقتضي إثبات وجهين فقط فوقع في ما قبله بزيادة.

قوله: ولو فعل العامل ما على المالك بلا إذن لم يستحق شيئًا، وإن فعله بإذن المالك استحق الأجرة، انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» لكن مجرد الإذن لا يقتضي الأجرة، فالمتجه تخريجه على ما إذا قال: اغسل ثوبي ولم يذكر له أجرة، والصحيح فيه عدم الاستحقاق.

قوله في الكلام علي هرب العامل: وإذا أنفق المالك بغير إذن الحاكم ليرجع ففيه وجهان: وجه المنع [أنه متهم][(١)] في حق نفسه، انتهى.

لم يصرح بتصحيح في «الشرح الصغير» ولا في «الروضة» أيضًا، والصحيح هو: الجواز ؛ فإنه الصحيح في نظيره في هرب الجمال وترك الجمال، والحكم فيه وفي هرب العامل واحد.

وقد أحال الرافعي كثيرًا من مسائل ذاك على هذا .

قوله: التهاتر .

هو بتائين مثناتين وبالراء المهملة هو التساقط.

قوله: في أصل «الروضة» ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره،

---

(١) سقط من أ.

وخرجت الثمرة ولم يبد صلاحها تعذر بيع نصيبه وحده، لأنه شرط القطع والقطع في المشاع لا يكفي، وحينئذ فإما أن يشتري المالك نصيبه فيصح علي الأصح في أن بيع الثمار قبل بدو الصلاح لصاحب الشجرة يكفي عن اشتراط القطع، انتهى.

وما صححه من أن البيع للمالك يصح بدون هذا الشرط سهو لم يذكره الرافعي، بل الصحيح المذكور في بابه أنه لا يكفي كما تقدم التنبيه عليه هناك.

قوله: وهذا كله تفريع على أنه لا يثبت الفسخ بعد خروج الثمرة، وهو الذي أورده الأكثرون.

وفي «المهذب» أنه يفسخ، وتكون الثمرة بينهما لكن لا يفرض للفسخ بعد خروج الثمار فائدة. انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم الفائدة تبعه عليه في «الروضة» أيضًا وليس كذلك، بل للفسخ فوائد:

إحداها: أنه لو لم يفسخ يصير متطوعاً بالباقي عن العمل، ويأخذ العامل حصته عن الثمرة كما هو مصرح به في «الحاوي».

الثانية: نبه عليه في «الكفاية» تمكينه بعد الفسخ من المساقاة عليها على جزء من ثمرة نفسه على رأي، بخلاف ما إذا لم يفسخ، فإنه لا يقدر علي ذلك.

الثالثة: أنه قد يكون العقد متناولاً لشيئين فيتمكن بعد الفسخ من المساقاة في العام القابل قطعًا.

الرابعة: إذا حصل الفسخ بعد خروج الثمرة فهل يشترك العامل والمالك فيها، أم يكون للمالك وللعامل أجرة المثل؟ فيه خلاف مشهور في المذهب، فالذي ذهب إليه جماعة كثيرة منهم الإمام والغزالي: أنه يستحق أجرة ما

مضى، وعلله الغزالي بأن الثـمرة ليست معلومة المقدار في أول الـعقد حتى يقتضي العقد فيها توزيعا، ثم إن للخلاف في تلك الثمرة مدتكين آخرين:

أحدهما: تعدي الفسخ إلى ما مضى حكاه الماوردي.

والثاني: أن الثمرة هل تملك بالظهور أم بالقسمة؟ وقد حكاه ابن يونس شارح «التنبيه» وهذ كلها فوائد للفسخ.

قوله: والسعف هو أغصان النخل واحدة سعفة بالفتح، انتهى.

هو بالسين والعين المهملتين المفتوحتين.

قوله: الثاني إذا انقطع ماء البـستان، وأمكن ردة ففي التكلف المالك ذلك وجهان:

أحدهما: لا كما لا يجبر أحد الشريكين على العمارة .

والثاني: نعم، كـما إذا استأجر لقـصارة ثوب بعينه يكلف تسليـمه إليه ، انتهى.

فيه أمران:

أحـــدهــمـــا: أن الأصح من هذين الوجـهـين أنه لا يكلف كـذا قـاله في«الروضة».

الثاني: أن الإجبار على تسليم الثوب المستأجر على قصارته فيه إضطراب يأتيك مبسوطا في أثناء الباب لاأول من أبواب الإجارة.

قـوله: في «الروضـة»: ولو قالـك اعلف هذه البـهيـمـة من عندك ولك نصف درها ففعل وجب ذلك النصف على صاحب الشاة.

والقـدر المشروط من الـدر لصاحب العلـف مضـمون فـي يده لحصـوله بحكم بيع فاسد، والشاة غير مضمونة لأنها غير مقابلة بالعوض. انتهى.

وتعبيره في أوائل كلامه بقوله بذل النصف شاهدته بخطه كما هو مذكور

أيضًا في النسخ، ومعناه بذل نصف العلف، فإنه لا يمكن حمله على اللبن لا من جهة اللفظ ولا من جهة المعنى.

وما ذكره مخالف لما في الرافعي، فإن فيه الجزم بإيجاب الجميع.

فقال: وجب بذل «العلف» هذا لفظه فتحرف العلف بالنصف، والصواب ما في الرافعي فإنه إنما بذل العلف بعرض لم يسلم له، فوجب له بذل جميعه وقد ذكر الرافعي في باب العارية مسائل متعلقة بمسألتنا.

قوله فيها أيضًا: فصل: بيع الحديقة التي ساقى عليها... إلى آخره.

هذه المسألة ذكرها الرافعي في آخر الإجارة، ولكن نقلها النووي إلي ههنا، وسيأتي الكلام عليها هناك إن شاء الله تعالى.

كتاب الإجارة

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركانها

قوله: وذكر الشاشي في «الشامل» أنه يقال: أجارة بالضم أيضًا.

ويقال: استأجرت دار فلان وأجرني داره، ومملوكه يؤجرهما إيجارًا فهو مؤجر وذاك مؤجر، ولا يقال: مؤاجر ولا آجر.

أما المؤاجر فهو من قولك أجر الأجير مؤاجرة، كما يقال: ضارعه وعامله، وآجر هذا فاعل وأجر داره، أفعل لا فاعل فلا يجئ فيه بفاعل، وأما الأجر فهو فاعل.

كقولك: أجره بأجرة وبأجرة أجره إذا أعطاه أجرًا وقولك: أجره بأجرة إذا صار أجيرًا، انتهى كلامه وهو يحتاج إلي إيضاح.

فأما قوله: ولا يقال مؤاجر ولا أجر فهو بكسر الجيم، فيهما يعني أنه لا يقال في اسم الفاعل من أجرني داره ومملوكه إلا مؤجر كما ذكرناه.

ولا يقال مؤاجر ولا آجر، ثم استدل عليه بما ذكره، وإذا لم يصح في اسم الفاعل مؤاجر بكسر الجيم لا يصح في العبد ونحوه.

مؤاجر أيضًا بفتحها فكذلك يجوز قراءتها في كلام الرافعي بالمعنيين، وما ذكره من نفي مؤاجر ليس كذلك، بل قد ثبت عن العرب.

كذا نقله الواحدي، ونقله عنه النووي في «لغات التنبيه».

فقال: قال الواحدة: قال المبرد: يقال أجرت داري ومملوكي، غير ممدود وآجرت ممدود.

قال المبرد: والأول أكثر.

وقال الأخفش: ومن العرب من يقول: أجرت غلامي أجرًا، فهو مأجور وأجرته إيجارًا فهو مؤجر وآجرته علي فاعلته فهو مؤاجر هذا كلامه.

وأما قوله: وأجر هذا فاعل فهو بفتح الجيم وهو مبتدأ وهذه صفة له، وفاعل مفتوح العين وهو خير له يعني أنه لما تقرر أن مؤاجر لا يكون إلا لفاعل المفتوح العين صح ذلك في قولنا: أجر الأجير، لأن وزن آجر منه فاعل، ولم يصح في أجر داره وزن أجر منه أفعل.

وأما قوله: وأما الآجر.. إلى آخره، فهو بيان لامتناع اللفظة الثانية فذكر ما حاصله أن آجر أي مكسور الجيم اسم فاعل لأجر إما بمعنى إعطاء الأجر أو بمعنى صار أجيرًا لأن وزنه فيهما فعل كما تقدم، واسم الفاعل من فعل فاعل وأما أجر من قولك أجر داره فوزنه أفعل، وقياس أفعل مفعل.

قوله: وأصل هذا العقد من «الكتاب» قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[الطلاق: ٦].

وقضية موسى وشعيب عليهما السلام: انتهى كلامه.

فأما الآية الأولى فإنما تدل على أنه إذا وقع الإرضاع وجبت الأجرة، وليس فيها تعرض إلى صحة العقد وجواز تعاطيه.

ألا ترى أن المسجد تجب أجرته على من أشغله بأمتعته ولا تصح إجارته.

وأما الآية الثانية: فاستدلاله بها يدل على اختياره أن شرع من قبلنا شرع لنا، والمسألة فيها قولان:

أصحهما: وهو مقتضى كلام عامة الأصحاب أنه ليس بشرع، كذا ذكره في «كتاب الأطعمة»، وتابعه عليه في «الروضة».

قوله: فعن أبي إسحاق وغيره أن المعقود عليه العين لتستوفي منها المنفعة، لأن المنافع معدومة وقال المعظم: العين غير معقود عليها، لأن العين

لا يجوز التصرف فيها.

ثم قال: ويشبه أن لا يكون ما حكيناه خلافًا محققًا انتهى ملخصًا.

تابعه في «الروضة» على أنه خلاف لفظي لا فائدة له، وليس كذلك بل له فوائد:

إحداها: إذا لم يقبض العين المستأجرة، ثم أراد إجارتها لغير مؤجرها، فإنه فيه خلافًا مشهورًا وهو من ثمرة هذا الخلاف، فقد بناه الماوردي في «الحاوي» عليه.

قال: فإن قلنا: مورد الإجارة العين، لم يصح لعدم قبضها.

وإن قلنا: المنفعة، صح لأن المنافع لا تصير مقبوضة بعد قبض العين فلم يؤثر فيها القبض.

الفائدة الثانية: أن الخلاف المشهور في استئجار الكلب من ثمرة هذا الخلاف، كذا رأيته في باب بيع الكلاب من «تعليقه» القاضي حسين وفي كتاب البيع من كتاب «الأسرار» له أيضًا، ونقله ابن الرفعة هنا في «شرح التنبيه» عن الجبلي فقط، مع نقله له في البيع في «شرح الوسيط» عن القاضي، واستدرك الإمام هذا البناء وقال: إنه لا يتجه لأنه ينتقض ببدن الجزء فإن إجارته صحيحة قولاً واحدًا.

وخرج أيضًا عليه ابن الرفعة في «شرح الوسيط» الخلاف في استئجار الكافر العبد المسلم.

الفائدة الثالثة: إذا اقترض عينًا وقلنا لا تملك إلا بالتصرف، فقد اختلفوا فيه فقيل: المراد التصرف المزيل للملك، وقيل: المتعلق بالرقبة، وقيل: المستدعي للملك.

وقال الرافعي: فلا تكفي الإجارة على الوجه الأول ولا على الثاني.

والذي قاله موافق للمصحح هنا من أن المعقود عليه هو المنفعة، فإن قلنا

المعقود عليه هو الرقبة فقد وجد ضابط الوجه الثاني فيكفي عند القائل به.

الفائدة الرابعة: ذكرها ابن الرفعة بحثاً فقال: وقد حكى في «البحر» وجهًا أن حلي الذهب لا يجوز إجارته بالذهب، وحلي الفضة لا يجوز إجارته بالفضة.

ثم قال ـ أعني: ابن الرفعة ـ إنه لا يظهر له وجه إلا التخريج على مذهب أبي إسحاق.

قال: وإذا كان كذلك فقد صار خلافًا محققًا ونشأ منه الاختلاف في هذا الفرع.

قوله: ولو قال: ملكتك منفعتها شهرًا، جاز ولو قال: بعتك، فوجهان:

أحدهما: يجوز لأن الإجارة صنف من البيع .

وأظهرهما: المنع لأن البيع موضوع لملك الأعيان فلا يستعمل في المنافع، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة.

ثم قال: ووراءه شيئًان غريبان:

أحدهما: أن هذين الوجهين قد طردهما صاحب «التهذيب» في التمليك. انتهى ملخصًا.

فيه أمران:

أحدهما: أن كلامه كالصريح في عدم الانعقاد بلفظ البيع مع النية أيضًا، كما في البيع بلفظ الإجارة ولا شك في بطلانه، بل ينبغي كونه صريحًا لأن مقتضى كونه صنفًا جواز البيع به، وإن كان البيع أعم كالبيع مع التمليك.

الأمر الثاني: أن كلامه صريح في أن التمليك طريقين: أشهرهما: القطع بالصحة ، والثاني على وجهين.

ولم يتعرض في «الروضة» لحكاية هذين الطريقين، بل جزم بالطريقة

الضعيفة وهي طريقة الوجهين وهو غريب جدًا.

قوله: وهل تغني مشاهدة الأجرة عن معرفة القدر؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في رأس مال السلم.

والثاني: القطع بالجواز، وكيف ما كان فالظاهر: الجواز. انتهى.

والصحيح على ما ذكره الشيخ في «التنبيه» والغزالي في «الوجيز» طريقة القطع، وكلام «الروضة» يوهم تصحيحها أيضًا.

فإنه قال: فيه طريقان: أحدهما: على قولي رأس مال السلم.

والثاني: القطع بالجواز وهو المذهب هذا لفظه.

قوله: فإن تعاقدا على الذمة بلفظ الإجارة ففي اشتراط قبض الأجرة في المجلس وجهان بنوهما على أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى؟ اختار مختارون اعتبار اللفظ.

وأصحهما: عند العراقيين والشيخ أبي علي اعتبار المعنى، وتابعهم صاحب [«المهذب»][1] لكنه لا يلائم مصيره في ما إذا أسلم بلفظ الشراء إلى أن الأصح اعتبار اللفظ انتهى ملخصًا.

ذكره نحوه في «الشرح الصغير» وكذلك في «الروضة» وفي المسألة كلام ينبغي الوقوف عليه سبق ذكره في السلم.

قوله: إحداها ذكر الغزالي أن استئجار تفاحة للشم فاسد، وكأن المنع ناشيء من أن التفاحة لا تقصد للشم فيكون استئجارها كشراء الحبة الواحدة من الحنطة، فإن كثر فالوجه الصحة لأنه نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشم، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين. انتهى.

لقائل أن يقول الفرق أن المقصود من المسك والرياحين هو الشم فجازت

(١) في ب: «التهذيب»

إجارته لذلك والمقصود من التفاح الأكل والرائحة غير مقصودة.

قوله: وفي استئجار الدراهم والدنانير وجهان، أصحهما: المنع.

ثم قال: وأما استئجار الأطعمة لتزيين الحوانيت بها فكلام المصنف هنا وفي «الوسيط» يقتضي القطع بمنعه، وكذلك ذكره القاضي الحسين وعن الإمام وغيره أنه على الوجهين، انتهى كلامه.

والأصح طريقة الوجهين، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالأظهر، وصحح النووي في «الروضة» طريقة القطع ولم ينبه على أنه من «زياداته»، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له.

قوله: والوجهان ـ أي: في الدراهم والدنانير ـ جاريان في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والوقوف في ظلها وربط الدواب بها، لأن الأشجار لا تقصد لهذه الأغراض، وذهب بعضهم إلي أن الأصح: الصحة ههنا. انتهى كلامه.

لقائل أن يقول: كييف يتصور الخلاف في استئجار الشجرة للوقوف في ظلها؟ لأن الأرض التي يقف فيها المستأجر إن كانت رقبتها أو منفعتها ملكًا له فليس لصاحب الشجرة المنع من الوقوف فيها، وهو واضح، وإن كانت مباحة فكذلك، وإن كانت لصاحب الشجرة فالاستئجار في هذه الحالة صحيح بلا خلاف، لأنه استئجار على الاستقرار في هذه الأرض. فما صورة الخلاف؟

وجوابه: أن يقال: يتصور في ما إذا كانت الأرض مباحة أو للمستأجر وكانت الأغصان مائلة إلى ملك صاحب الشجرة، وأمكن تمييلها إلى الأرض المذكورة فأستأجرها على الوقوف في ظلها بأن يميلها إلى ناحيته.

وكذلك إذا كانت الأغصان مائلة إلى الأرض التي يقف فيها المستأجر فاستأجرها ليمتنع المالك من قطعها.

قوله: الثانية الاستئجار لإرضاع الطفل جائز وتستحق به منفعة وعين، فالمنفعة أن تضع الصبي في حجرها وتلقمه الثدي، وتعصره بقدر الحاجة والعين هو اللبن الذي يمتصه الصبي.

وفي الأصل الذي يتناوله هذا العقد وجهان:

أحدهما: أن الأصل اللبن وأما فعلها فتابع لأن اللبن مقصود لغيره وفعلها طريق إليه.

وأصحهما: أنه فعلها واللبن يستحق تبعاً، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، علق الإجارة بفعل الإرضاع لا باللبن. انتهى كلامه.

وما ذكره من أن الأصل هو الفعل واللبن تبع قد ذكر ما يخالفه في أوائل الباب الثاني.

فقال: في ما إذا استأجرها للحضانة والرضاع أو لأحدهما وقلنا: الآخر يتبع فانقطع اللبن، أن فيه ثلاثة أوجه مبنية على أن المعقود عليه في الإجارة ماذا؟

أحدها: أنه اللبن والحضانة تابعة، فعلى هذا ينفسخ العقد بانقطاعه.

والثاني: الحضانة واللبن تابع فلا ينفسخ.

ثم قال ما نصه: وأصحهما أن المعقود عليه كلاهما لأنهما مقصودان، فعلى هذا ينفسخ العقد في الإرضاع ثم قال: وحسن أن يفرق فيقال: إن صرح فمقصودان وإن ذكر أحدهما فهو المقصود والآخر تابع، انتهى.

فلم يذكر هناك ما صححه هنا بالكلية، وتبعه في «الروضة» على الموضعين.

قوله: ثم إن استأجرها للحضانة مع الإرضاع جاز، وإن استأجرها

للحضانة ونفي الإرضاع فكذلك في الأصح.

ثم قال ما نصه: قال الإمام: وهذا الخلاف في ما إذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي، وقطع عنه وضعه في الحجر ونحوه.

فأما الحضانة بالتفسير الذي سنذكره أي تحفظ الصبي ونحوه فلا خلاف في جواز قطعه عن الإرضاع . انتهى كلامه.

وما نقله عن الإمام من نفي الخلاف وارتضاه تبعه عليه في «الروضة»، وليس كذلك، فقد صرح القاضي الحسين بجريان الخلاف في الحضانة بالتفسير المذكور، ونقله عنه ابن الرفعة في «الكفاية».

قوله: الرابعة استئجار القناة للزراعة بمائها جائز لأنا إن قلنا الماء لا يملك فكالشبكة للاصطياد، وإلا فالمنابع أيار الماء، وقد جوزوا استئجار بئر الماء للإسقاء، والتي بعدها مستأجرة لإجراء الماء فيها.

وقال الروياني في «الحلية»: إذا أكثر إقرار القناة ليكون أحق بمائها جاز في وجه وهو الاختيار، والمعروف منعه، ومقتضى لفظه أن يكون تفريعا على أن الماء لا يملك . انتهى كلامه.

وتعبيره في آخره بقوله: أجاز في وجه، هو الصواب وهو كذلك في كلام الروياني وفي «الروضة» التي هي بخط المصنف وتقع في كثير من النسخ، وفي وجه بزيادة «الواو»، وهو خطأ، وفي كلام الرافعي هنا بعض غموض فلنوضحه فنقول: القناة هو الموضع الذي ينبع فيه الماء.

وقوله: فالمنابع آبار الماء أي المنفعة المعقود عليها هو نفس الآبار الذي نبع فيها الماء.

وقوله: والتي تغذها ـ أي: المجاري التي تغذ القناة، وقوله: وقال الروياني هو الكلام السابق بعينه، إلا أنا إستفدنا منه جريان الخلاف.

قوله: واستئجار من لا يحسن القرآن ليعلمه باطل قال في «الوسيط»: فإن

وسع عليه وقتاً يقدر فيه على التعلم قبل التعليم ففيه وجهان: والأصح :المنع لأن المنفعة مستحقة من عينه والعين لا تقبل شرط التأجيل. انتهى.

اعلم أن الإمام ـ رحمه الله ـ حكى هذين الوجهين في باب الجعل والجعالة عن كتاب الصداق عن العراقيين، ثم قال: ومحلهما إذا كان يحسن مقدارا يشتغل بتعليمه في الحال، أو كانت الإجارة مع تعلقها بالعين واردة على مدة تتسع للتعلم والتعليم، أما إذا لم تكن مدة وكان لا يحسن شيئا البتة فلا وجه إلا القطع بفساد الإجارة لتحقق العجز عن المستحق في الحال هذا كلامه، نقله في «الوسيط» إلى هذا الموضع.

وقد علمت مما قاله الإمام أنه إذا كان يحسن شيئا جرى الوجهان أيضا، وإن لم يتسع الوقت وهذه الصورة واردة على ما نقله الرافعي، والتصحيح المذكور للغزالي لا للرافعي فاعلمه.

قوله في «الروضة»: ولو استأجر أرضا للزراعة وعليها الماء فإن فإن رجى انحساره وقت الزراعة بالعادة صحت الإجارة على المذهب، وقيل إن لم ير الأرض لم يصح في قول، انتهى ملخصا.

وحاصله: أنه إذا لم ير الأرض ففيه طريقان:

أصحهما: القطع بالصحة.

والثانية: على قولين ولم يصحح الرافعي شيئا من الطريقين بل حكاهما.

ثم قال: والظاهر الصحة سواء أجرينا القولين أم لا.

قوله: فأشبه ما إذا استأجر داراً مشحونة بالأمتعة يمكن الاشتغال بنقلها في الحال، فإنه يجوز على الأظهر، إلا أن الشيخ أبا محمد حكى وجها في المنع، انتهى كلامه.

وسيأتي في آخر الإجارة ضابط النقل في الحال فراجعه.

قوله: ولو أجر داره سنة من زيد ثم أجرها منه أيضاً السنة الثانية، فالأصح المنصوص الجواز، وحكى أبو الفرج السرخسي طريقة قاطعة بالمنع ثم قال: فلو انفسخ العقد لم يقدح في الثاني لأنه عارض. انتهى ملخصاً.

وهذه المسألة الأخيرة من المسائل المهمات، وقد أسقطها من «الروضة»، وأسقط أيضا طريقة القطع لأن الرافعي ذكرها في الكلام على «الوجيز».

قوله: والحجامة وبزغ الدابة.

البزغ بالباء الموحدة المفتوحة والزاء الساكنة والغين المعجمة، واصلة الشق، ولهذا يقال بزغت الشمس إذا طلعت.

والمراد هنا فتح الماء إذا نزل في الحافر يقال بزغ البيطار بالتشديد، وقد سبق الكلام على هذه اللفظة في الرهن أيضا.

قوله: وإذا استأجره لقلع سنن موجعة ثم امتنع المستأجر من قلعه.

قال في «الشامل»: لا يجبر عليه إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدة إمكان العمل وجب على المستأجر الأجرة، ثم ذكر القاضي أبو الطيب أنها لا تستقر انتهى.

فيه أمور:

أحدهما: أن مقتضى هذا الجزم بأن المستأجر لا يجب عليه أن يسلم إلى الأجير العين التي استأجره ليعمل فيها، وذكر أيضا مثله في القسم الثاني من الباب الثالث.

فقال: في الكلام على ما إذا استأجره لخياطة ثوب ما نصه: ولو بدا له في قطع الثوب العين وهو باق قال الإمام: المتجه أنه لا يجب عليه الإتيان لأنه قد نسج له عرض في الامتناع، لكن تستقر الأجرة عليه إذا سلم الأجير نفسه انتهى.

وهو كالأول في عدم الإجبار على التسليم، ولم يذكر في كتاب الإجارة

ما يخالفهما، وجزم في آخر كتاب المساقاة بعكسه، وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه وذكر أيضا نحوه في الكلام على حكم المبيع قبل القبض، وقد تقدم ذكره هناك أيضا.

وفي منع البيع كلام آخر يأتي في آخر الإجارة.

الأمر الثاني: أن ما قاله صاحب «الشامل» من استقرار الأجرة بالتسليم، قد اقتصر عليه الرافعي في «الشرح الصغير» ومقتضاه رجحان الاستقرار.

ولم يصرح في «الروضة» أيضا بترجيح، ونقل من زياداته عن «البيان» كما في «الشامل».

الأمر الثالث: إن ما نقلناه في هذه المسألة من الكلام المتقدم صريح في عدم وجوب التسليم وإن فرعنا على أن الأجرة لا تستقر بتسليم نفسه لكنه صرح بعد ذلك بقليل في أثناء فرع بأنه يجبر عليه.

فقال: إذا قلنا لا تستقر الأجرة بالتسليم فيرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره عليه.

قوله: في أصل «الروضة»: أما الزوج فيجوز استئجاره لامرأته إلا إذا استأجرها لإرضاع ولده منها ففيه وجهان:

أحدهما: المنع وبه قطع العراقيون، وأصحهما: الجواز انتهى كلامه.

وما ادعاه من قطع العراقيين غريب فإن «التنبيه» من كتب العراقيين المشهورة، وقد حكى فيه في باب نفقة الأقارب وجهين من غير ترجيح، وحكاهما أيضا في «المهذب»، وكذلك صاحب «البيان».

وقد أعاد الرافعي المسألة في باب نفقة الأقارب فراجعها من ذلك الموضع، فقد ذكرنا فيها أمورا يتعين الوقوف عليها .

قوله: ولو أجرت نفسها ولا زوج لها، ثم نكحت في المدة فالإجارة بحالها وليس للزوج منعها من ترفيه ما التزمته، كما لو أجرت نفسها بإذنه،

ولكن يستمتع بها في أوقات فراغها . انتهى كلامه.

قال الماوردي: في كتاب النفقات من «الحاوي» وللزوج الخيار إذا كان جاهلا لفوات الاستمتاع عليه بالنهار ولا يسقط خياره برضى المستأجر بالخيار.

قوله: في «الروضة»: فإن جمع بين التقدير بالعمل والزمان فقال استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم فوجهان أصحهما: بطلان العقد، والثاني: صحته.

وعلي هذا فوجهان: أصحهما: يستحق الأجرة بأسرعهما فإن انقضى اليوم قبل تمام العمل استحقها، وإن تم العمل قبل تمام اليوم استحقها.

والثاني: الاعتبار بالعمل فإن تم أولا استحقها، وإن تم اليوم أولا وجب إتمامه، فإن قال: إنك إن فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره بطلت الإجارة، لأن زمن العمل يصير مجهولاً، انتهى.

وهذا الذي ذكره في آخر كلامه لا يستقيم مع ما قبله لأن لحكم ببطلان العقد لا يستقيم تفريعه على شيء من الوجهين اللذين قبله، لا على اعتبار الأسرع ولا على اعتبار العمل، وهذا الغلط الذي وقع في «الروضة» سببه سقوط شيء من كلام الرافعي، وذلك أن الرافعي بعد ذكره الوجهين قال ما نصه: وبالأول أفتى القفال، وذكره أنه إن انقضى النهار أولاً لم تلزمه خياطة الباقي، فإن تم العمل أولا فللمستأجر أن يأتي بمثل ذلك القميص ليخيطه باقي النهار.

فإن قال في الاجارة: على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره بطلت الإجارة.

هذا كلامه فاستفدنا منه وجها ثالثاً لم يذكره النووي أن الاعتبار بالزمان، ثم فرع الرافعي على هذا الوجه ما سبق، ذكره وهو صحيح من

هذا الوجه لكن في كلام الرافعي إشكال من وجه آخر، وهو أنه قد ذكر أن القفال أفتى بالأول ثم فرع ما بعده عليه، وهو غير ملائم وكأنه سقط شيء من كلام الرافعي وأصله.

وذكر وجهاً آخر أنه إن انقضى النهار إلى آخره، وهذا هو السبب في وقوع الخلل في «الروضة».

قوله: ومن هذا النوع الاستئجار لتعليم القرآن ذكر الإمام وصاحب الكتاب أنه يعين السور والآيات التي يعلمها، [أو يقدر بالمدة][1] فيقول لتعلمني شهرا.

وفي إيراد غيرهما ما يفهم عدم الاكتفاء بذكر المدة واشتراط تعيين السور والآيات لتفاوتهما في الحفظ والتعليم بسهولة وصعوبة، انتهى كلامه.

لم يصرح هنا بترجيح، وقد اختلف كلامه في الراجح من هاتين المقالتين، فرجح في «الشرح الصغير» هنا أنه لا يكفي التقدير بالمدة.

فقال ما نصه: ذهب الإمام والغزالي إلى أنه يصح، وقيل لا لتغاير السور والآيات في سهولة الحفظ وصعوبته وهو الأشبه انتهى.

وذكر في «التذنيب» أيضا هنا مثله، ثم جزم فيه أي في «الشرح الصغير» وفي «الكبير» أيضا في كتاب الصداق في أثناء الكلام على الطلاق قبل الدخول بأن التقدير بها كافٍ.

وقال في «الروضة» من زياداته هنا: إنه الأصح.

قوله: فالوجه تنزيل الاستئجار لقراءة القرآن عند القبر على صورة إنتفاع الميت بالقراءة وذكروا له طريقين:

أحدهما: أن يعقب القراءة بالدعاء للميت ؛لأن الدعاء يلحقه والدعاء

---

(١) سقط من أ.

بعد القراءة أقرب إجابة وأكثر بركة.

والثاني: ذكر الشيخ عبد الكريم الشالوسي أنه إن نوى القارئ بقراءته، أن يكون ثوابها للميت لم يلحقه، وإن قرأ ثم جعل ما حصل من الأجر له فهذا دعاء بحصول ذلك الأجر للميت فينفع الميت. انتهى.

فيه أمور:

أحدها: أن الرافعي قد ذكر في كتاب الوصية عن القاضي أبي الطيب طريقا ثالثاً يأتي الكلام عليها في ذلك الموضع، وهي أن الميت كالحي الحاضر فيرجى له الرحمة ووصول البركة ولهذا قال النووي هنا من زياداته: المختار صحة الإجارة مطلقاً، فإن موضع القراءة موضع بركة وتنزيل الرحمة.

الأمر الثاني: أن القارئ له حالتان: إحداهما أن يجزم بالجعل.

والثانية: أن يدعو به، والتصوير الذي ذكره الرافعي قد رأيته هكذا في فتاوى الحناطي نقلا عن الشالوسي لكنه يقتضي الأول، والحكم الذي أجاب به يقتضي الثاني.

وقد وافق في «الروضة» على ذلك، ثم خالف في «الأذكار».

فقال: المختار أنه يدعو بالجعل، فيقول الهم إجعل ثوابها واصلاً لفلان.

ولنذكر عبارة فتاوى الحناطي لينظر فيها من ينظر.

فنقول: قال ما نصه: قال الشيخ الإمام دوير الكرخي سمعت شيخي عبد الكريم الشالوسي يقول: إن القارئ إن نوى بقراءته أن يكون ثوابها للميت لم تلحقه، إذ جعل له قبيل حصوله، وتلاوته عبادة البدن فلا تقع عن الغير، وإن قرأ ثم جعل ما حصل من الثواب للميت يبلغه، إذ قد جعل ما حصل من الأجر لغيره، والميت يؤجر بدعاء الغير هذا كلامه.

ودوير بضم الدال المهملة مصغراً، والكرخي بكاف وراء مفتوحتين بعدهما جيم.

الأمر الثالث: أن جزمه بكون الدعاء ينفع الميت غير مستقيم، بل هو وغيره من الأدعية موقوف على الإجابة، فإن إستجيبت الدعوة نفعت، وإلا نفعت الداعي خاصة، لأن الدعاء من جملة العبادات.

الأمر الرابع: أن الشالوسي بالشين المعجمة، وأما الثانية فمهملة، قد تقدم إيضاحه في مقدمة هذا الكتاب فراجعه.

قوله: **وفي «شرح المفتاح» أنه لابد في إجارة الدار من عدد السكان من الرجال والنساء والصبيان، ثم لا يمنع من دخول زائر وضيف، وإن بات فيها ليالي. انتهى.**

وليس في كلامه ـ رحمه الله ـ ما يدل على أن هذه المقالة شاذة، أو معمول بها، وقد بينه النووي فقال من زياداته: هذا الإشتراط لا يعرف لغيره والمختار أنه لا يعتبر، لكن يسكن فيها من جرت العادة به في مثلها.

قال: وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب، فلا عدول عنه.

قوله: **في «الروضة»: وفي تقدير المدة ثلاثة أقوال المشهور أنه يجوز إلى مدة يبقى إليها ذلك الشيء غالبا، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة والدابة أكثر من عشرة.**

والثاني: لا يجوز أكثر من سنة.

والثالث: يجوز إلى ثلاثين. انتهى.

ذكر الرافعي طريقة قاطعة بنفي الثالث لم يذكرها المصنف.

قوله: **ولو قال أجرتكها للزراعة، ولم يذكر ما يزرع أو البناء والفراش، وأطلق صح، وقيل: لا، ومن جوز قال يزرع ما شاء للإطلاق، وكان يحتمل التنزيل على الأقل. انتهى.**

وهذا الذي ذكره بحثاً واقتضى عدم وقوفه عليه قد تابعه عليه في «الروضة»، وقد صرح بحكايته، وجها الخوارزمي في كتابه «الكافي».

قوله: ولو قال أجرتك هذه الأرض، فإن شئت فازرعها، وإن شئت فاغرسها، فأصح الوجهين على ما ذكر في الكتاب صحة الإجارة، ويجبر المستأجر والثاني المنع. انتهى.

ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضا، والصحيح: ما صححه الغزالي، فقد صححه في «المحرر»، وكذلك النووي أيضاً في أصل «الروضة».

قوله: ويجب أن يقول مهملج أو بحرا أو قطوف في أظهر الوجهين، انتهى.

المهملج بالجيم مشتق من الهملجة وهو فارسي والبحر بالباء الموحدة والحاء المهملة هو الواسع [الجري][1] والقطوف من الدواب البطيء.

وقال أبو زيد: هو الضيق المشي.

قوله: الخامسة: إذا إستأجر دابة للركوب فليبينا قدر السير كل يوم، وإذا أراد أحدهما المجاوزة على المشروط، أو النزول دونه لخوف أو خصب لم يكن له ذلك.

قاله في «التهذيب» وكان يجوز أن يجعل الخوف عذرا لمن يحتاط، ويؤمر الأخر بموافقته، انتهى

وهذا الذي ذكره الرافعي بحثاً قد صرح الإمام به في نظير المسألة.

فقال: فيما إذا استأجر دابة إلى بلد ليعود منها راكبا أنه لا يقيم فيها على خلاف المعهود، ثم قال: فإن مكث في ذلك المكان احتياطا للدابة بسبب خوف حصل كان في حكم المودع المؤتمن في تلك المدة، أي حتى لا يحسب عليه كما قاله ابن الرفعة، فلو لم يكن الخوف عذرا في الإقامة تحسب عليه تلك المدة.

(١) سقط من ب.

ولم يقف النووي على ما ذكره الإمام، بل ضعف كلام البغوي فقال: إن ما قاله ضعيف.

قوله: فإن كان المحمول حاضرا ورأه المؤجر كفى، وإن كان في ظرف وجب أن يمتحنه باليد تخمينا لوزنه وإن لم يكن حاضراً فلا بد من تقديره بالوزن أو الكيل . انتهى كلامه.

وما ذكره من كون ما في الظرف يجب امتحانه باليد قد أسقطه من «الروضة»، واقتضى تعبيره أنه لابد من تقديره بالوزن أو الكيل، فإنه قال: فإن كان حاضرا ورأه المؤجر كفى، وإلا فلا بد من تقديره بالوزن أو الكيل هذا لفظه.

قوله: أما إذا قدر بالكيل، فقال: عشرة أقفزة مما شئت فالمفهوم من كلام أبي الفرج السرخسي أنه لا يغني عن ذكر الجنس لاختلاف الأجناس في النقل مع الإستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضى بأقل الأجناس كما جعل في الورق رضى تأجير الأجناس. انتهى.

وهذا القياس الذي استند إليه الرافعي ضعيف والفرق ظاهر وهو أن إختلاف التأثير بعد الاستواء في الوزن يسير بخلاف الكيل، لا جرم أن النووي ذكر من زاياداته أن الصواب ما قاله السرخسي، ثم فرق بهذا الفرق.

قوله: وإن دخلت أي الظروف في وزن المتاع فإن قال مائة من الحنطة بظرفها، صح العقد لزوال الغرر بذكر الوزن، هكذا ذكروه لكنا إذا اعتبرنا ذكر الجنس مع الوزن وجب أن يعرف قدر الحنطة وحدها وقدر الظرف وحده، انتهى كلامه.

والصحيح على ما ذكروه قبل ذلك أن الجنس لا يكفي بل لا بد من الوزن معه، وحينئذ فيكون الصحيح عدم الصحة في ما إذا قال بظرفها.

ولم يذكر النووي في «الروضة» هذا التخريج الذي ذكره الرافعي، فلزم

من كلامه الجزم بالصحة على خلاف ما في الرافعي.

قوله: ومن الأغراض سقي الأرض فلو كانت الإجارة في الذمة لم يجب بيان الدابة ومعرفة جنسها.

ثم قال: وتقدر المنفعة إما بالزمان أو بالعمل. انتهى

ذكر مثله في «الشرح الصغير»، وتابعه عليه في «الروضة» وفيه أمران:

أحدهما: أنه صريح في أن الدابة لا يشترط معرفتها إذا قدر السقي بالزمان، وذلك مخالف للمسألة الآتية بعد هذه المسألة وهي الاستئجار على الحرث، فإنه شرط فيه معرفة الدابة وهي الاستئجار على الحرث، فإنه شرط فيه معرفة الدابة إذا وقعت الإجارة على الزمان وعلله بأن العمل يختلف باختلاف حال الدابة بخلاف ما إذا وقعت على أرض مقدرة، وهذا المعنى الذي ذكره - رحمه الله - موجود بعينه في السقي قطعا، ولا سبيل إلى المغايرة بينهما، والاشتراط أظهر على وفق ما قاله في الحرث على أن الغزالي في «الوسيط» قد ذكر في الحرث عكس ما قاله الرافعي فإنه شرط معرفتا إن كانت مقدرة بالمساحة دون الزمان، والعجب أن الرافعي لم ينبه عليه.

الأمر الثاني: أن كلامه يقتضي أنه إذا قدر

المنفعة بالزمان لا يشترط معرفة الأرض فإنه لم يشترط ذلك، وهو وإن كان متجها من جهة المعنى، لكنه ذكر بعد ذلك في الاستئجار للحراثة أنه لابد من معرفة الأرض، وإن قدرت بالزمان، ونظير المسألة ما إذا استأجر لحفر بئر أو نهر، وقد ذكره أيضاً قبل ذلك وكلامه فيه وهم.

الباب الثاني في« أحكام الإجارة الصحيحة»

قوله: فلو استأجر للرضاع والحضانة و قلنا :إن الاستئجار لأحدهما يستتبع الآخر فانقطع اللبن، إلي آخر ما قاله.

وهذه المسألة سبق الكلام عليها في الباب الأول.

قوله: وفي وجوب الصبر على الوراق ثلاثة طرق أشبهها: الرجوع فيه إلى العادة، فإن اضطربت وجب البيان وإلا بطل.

وأشهرها: القطع بأنه لا يجب عليه.

والثالث: أنه علي الخلاف في استتباع الحضانة اللبن، انتهى ملخصا.

واقتصر في [«الشرح الصغير» على ترجيح الأول وعبر بالأشبه كما عبر به ههنا. واقتصر][1]، في «المحرر» على ترجيح عدم الوجوب فإنه ذكر أنه المشهور، كما ذكره في «الكبير» وارتضاه وعبر في «الروضة» عن قول الرافعي الأشبه الرجوع إلى العادة بقوله الأصح، واستدرك في «المنهاج» على «المحرر» وصحح العرف.

قوله: وإذا غصب العين المستأجرة وقدر المالك على نزعها ففي وجوبه القولان في العمارة، انتهى.

زاد النووي على هذا فقال: قلت ينبغي أن يكون الأصح وجوب النزع والله أعلم.

وما ذكره هنا من زياداته، قد ذكر في آخر كتاب الإجارة ما يخالفه.

فقال من زياداته أيضاً: الثانية لا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما وإنما عليه تسليم العين ورد الأجرة إن

(١) سقط من ب.

تعذر الاستيفاء بخلاف المستأجر إذا قدر عليه من غير خطر، فإنه يلزمه كالمودع.

قوله: المسألة الثانية: تطهير الدار عن الكناسة والأنون عن الرماد في دوام الإجارة على المستأجر لأنهما حصلا بفعله، وكسح الثلج عن السطح من وظيفة المؤجر لأنه كالعمارة ثم قال: وأما الثلج في عرصة الدار فإن خف ولم يمنع الإنتفاع فهو ملحق بكنس الدار، وإن كثف فكذلك على الظاهر. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن المراد بإلحاق الثلج بالكناسة إنما هو في عدم الوجوب على المؤجر حتى لو امتنع المستأجر أيضا من إزالته لم يكلف ذلك قطعاً.

وكيف يعقل تكليفه بإزالة ما لم يصدر منه وهو واضح، وقد توهم الرافعي أن المراد إيجابه، على المستأجر فبنى عليه بحثاً.

فإنه قال بعد ذلك: ويلزم المستأجر بعد انقضاء المدة التطهير من الكناسة، وفسروها بالقشور وما سقط من الطعام ونحوه دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح لأنه حصل لا بفعله، لكن قد مر في ثلج العرصة أنه لا يجب على المؤجر بل هو كالكناسة مع أنه حصل لا بفعله فيجوز أن يكون التراب أيضا كالكناسات في إنهاء الإجارة، وإن حصل لا بفعله، انتهى كلامه.

فانظر كيف حاول الوجوب في التراب على المستأجر كما يجب في الكناسة، واستند في ذلك إلى أن ثلج العرصة يجب عليه إزالته لكونهم قالوا: لا يجب على المؤجر، وما قاله خطأ كما تقدم وقد نبه عليه أيضا النووي من «زياداته».

الأمر الثاني: أن الرافعي حكى وجهين في تنقية البالوعة والحش ونحوهما في دوام الإجارة.

أحـدهـمـا: أن التفريـع على المؤجر تمكينا من الانتفاع وأظهـرهما على المستأجر لأن الإمتلاء يحصل بفعله انتهى.

والتعليلان موجودان في الكناسة والرماد فيلزم جريانهما.

قوله: وهل للمـالك منع المستـأجر من زراعة الزرع المعين ابتـداء إذا ضاق الوقت؟ فيه وجهان، انتهى.

لم يصحح أيضاً شـيئاً في «الشرح الصغيـر» ولا ذكر لها في «المحرر»، والصحيح عدم المنع كذا صححه في «الروضة».

قوله: الثالثة إذا استأجر لبناء والغراس فإن شرطا القلع بعد المدة صح، وإن شرطا الإبقاء فوجهان: أحدهمـا أن العقد فاسد بجهالة المدة، وهذا أرجح في إيراد جماعة منهم الإمام وصاحب «التهذيب».

والثـاني: يصح لأن الإطلاق يقـتضي الإبـقاء فـلا يضـر شرطه، وهذا مـا أجاب به العراقيون كلهم أو معظمهم، انتهى كلامه.

لم يصرح النـووي أيضا بتصـحيح في «الروضـة» وقد صرح برجـحان الثاني في «الشرح الصغير» فقال: وأرجحهما الصحة هذا لفظه.

قوله: وإن لم يشـترطا إبقـاء ولا قلع لم يقلع مجـاناً، بل بأي شيء فيـه ما سبق في العارية ثم قال: وإذا عين المؤجر خصلة فامتنع المستأجر، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المستعيـر، فإن أجبر كلف تفريغ الأرض مجانا وإلا لم يكلف، بل هو كما لو امتنع المؤجر عن الإختيار، وحـينئذ يبيع الحاكم الأرض وما فيها أو يعرض عنهمـا، فيه خلاف قد مـر ويخرج من ذلك عند الاختصـار وجهان كما ذكر في الكتاب:

أحدهما: يكلف ذلك لرد الأرض كما أخذ.

وأقيسهما: المنع ولا يبطل حقه من العوض بامتناعه. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن الذي أحال عليه، وهو حكم العارية مضطرب اضطراباً شديدا سبق إيضاحه.

الثاني: أن ما ذكره في آخر كلامه من خروج وجهين، كما في الوجيز غير منتظم ، فإنه قدم أنا إن أجبرناه كلف التفريغ مجانا وإلا فلا فإن أراد أن ذلك الحكم يختلف باختلاف الحال كما ذكره في العارية فمن أين الخلاف، وإن كان مراده أن لنا خلافاً في الإجبار، إذا عين المؤجر خصلة، ويصير الأمر كما لو لم يجيز شيئاً فليس كذلك في العارية.

ذكروا أيضاً فقوله كما ذكر في الكتاب لا يطابق هذا، فإن الغزالي إنما حكى الوجهين على قولنا بالإجبار على إجابة المؤجر في أنه هل يجب الأرش أم لا؟

قوله: وعن «البويطي» أنه لا يجوز العدول إلى غير الزرع المعين فمن الأصحاب من قال: إنه قول للشافعي [رواه، ومنهم من قال: إنه رأى رآه، انتهى.

وهذا الذي رواه عن «البويطي» بصيغة التعريض ويوقف في أنه هل هو مذهبه، أو قول للشافعي] (١) قد صرح به في «البويطي» وجعله من كلام الشافعي فقال: وإن كان زرع بعينه سماه، فليس له أن يزرع في أرضه غير الزرع الذي سمي له، ويجعل لكل ذلك مدة، وقد قيل له أن يزرعها غير ما سمى له إذا كان أنفع للأرض مما شاء.

هذا لفظه لكن ههنا فائدة ينبغي أن تعلمها وهي أن «البويطي» قد روى قولا آخر عن الشافعي أنه يجوز ذكره بعد هذا بدون الصفحة في النسخة التي وقفت عليها.

فقال ناقلاً عن الشافعي ما نصه: قال: وإن كاري أرضاً على أن يزرعها

---

(١) سقط من ب.

حنطة فزرعها شعيراً وهو أنفع للأرض لم يكن له أن يمنعه بشرطه عليه لأنه ينفعه هذا لفظه.

قوله: ولو قال أجرتكها لتزرع هذه الحنطة ففي صحة العقد وجهان: أحدهما: المنع لأن تلك الحنطة قد تتلف فيتعذر الزراعة.

والثاني: يصح، ولا تتعذر الزراعة بتلف الحنطة، انتهى.

والأصح كما قاله في «الروضة» هو الصحة لأن الزراعة لا تتعذر بتلف الحنطة.

قال: ولو تعذرت لم يكن إحتمال التلف مانعا كالاستئجار لإرضاع هذا الصبي، ولم يتعرض للمسألة في «المحرر» ولا في «الشرح الصغير».

قوله: ولو قال: لتزرع الحنطة ولا تزرع غيرها ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يفسد لأنه ينافي مقتضاه، قال بن كج والروياني: إنه الذهب.

والثاني: واختاره الإمام أنه يصح العقد ويفسد الشرط لأنه لا يتعلق به غرض صحيح.

والثالث: يصحان، انتهى ملخصاً.

لم يذكر في «الشرح الصغير» ترجيحا إلا للوجه الثاني فإنه نقل رجحانه عن الإمام كما نقله ههنا.

فقال في «الروضة» من زياداته: الأقوى بطلان العقد غير أنه قد وقع له ههنا غلط، وهو أنه صورها في ما إذا أشار إلى حنطة معينة وقال: لتزرع هذه الحنطة دون غيرها، ولم ينقل الرافعي الأوجه في الصورة التي ذكره هو في الإشارة إلى معينة، بل جزم فيها بالبطلان نقلا عن «التهذيب».

وقد يحث في «الشرح الصغير» في مجيء الوجهين فقال: ويشبه أن يجيء فيها الوجهان الأخيران.

قوله: في أصل «الروضة»: فرع: إذا تعدى المستأجر للحنطة فزرع الذرة ولم يتخاصما حتى انقضت المدة، وحصد الذرة، فالمذهب وهو نصه في «المختصر» أن المؤجر بالخيار بين أن يأخذ المسمى ويدل النقصان الزائد بزراعة الذرة على ضرر الحنطة، وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة.

وقال كثيرون في المسألة قولان إلى آخره.

اعلم أن هذه الطريقة الثانية هي المرجحة في الرافعي.

وعبر بقوله: أشهرهما على قولين، ثم إنه ذكر بعد ذلك أن طريقة القطع أوفق لظاهر النص وهذا لا يقتضي تصحيح هذه الطريقة، فإن كونها أقرب إلي ظاهر النص لا ينافي كون الصحيح عند الأصحاب خلافها، ولأجل ذلك اقتصر في «الشرح الصغير» على تصحيح تلك الطريقة أعني طريقة القولين.

ونقلها ابن الرفعة في «الكفاية» عن تصحيح الرافعي ومراده في «الشرح الكبير» كأنه الذي ينقل عنه وأما «الصغير» فإنه لم يقف عليه.

قوله: وفي السرج عند أكبر الفرس للركوب وجوه، ثالثها إتباع السادة، انتهى.

لم يصحح شيئا في «الشرح الصغير» أيضاً ورجح في «المحرر» إتباع العرف.

فقال: إنه الأشبه، ونقله عنه في «الروضة» مقتصراً عليه، وعبر عنه بالأصح.

قوله: في «الروضة»: أما ما هو للتسهيل على الراكب، كالمحمل والمظلة، والوطاء والغطاء الحبل الذي يشد به المحمل على البعير والذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر فعلى المستأجر والعرف مطرد به.

وفي «المهذب» وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على

المستأجر، وهو شاذ . انتهى كلامه.

وتعبيره في آخر كلامه بالمستأجر رأيته أيضاً بخطه وهو سهو، والصواب المؤجر. وعبارة الرافعي صحيحة.

قوله: وأما شد أحد المحملين إلى الآخر هل هو على المؤجر كالشد علي الحمل أو على المستأجر لأنه إصلاح ملكه ؟ فيه وجهان. انتهى ملخصاً.

ذكـرهما الرافـعي أيضاً بعـد ذلك في الكلام على إعـانة الراكب، ولم يصحح منهما شيئاً أيضاً، والراجح أنه يجب على المؤجر.

كذا رجـحه هناك في «الشـرح الصغـير» فقـال: بعد أن عـدد ما يجب عليه، وفـي شد أحد المحـملين إلى الآخر وهمـا بعد على الأرض وجـهان أشبههما لزومه أيضاً.

وقال في «الروضة» من زياداته أيضاً إنه الأصح.

قوله: وإذا اعـتيد النزول للإراحة، ولم يتـعرضا له في العقـد، فلا يجب على المرأة والمريض وفي الرجل القوي وجهـان، وحكم النزول عند العقبات الصحاب كذلك أيضاً .انتهى ملخصاً.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يكون الأصح: الوجوب عند العقبات دون الإراحة.

قال: ثم الكلام مفروض في طريق يعتـاد النزول فيه لإراحة الدابة، فإن لم يكن معتادا لم يجب مطلقاً .

قال: والشيخ العاجز كالمريض والمرأة كما قاله الأصحاب.

قـال: وينبغي أن يلحق بهم مـن كانت له وجـاهة ظاهرة وشهـرة يخل المشي بمروءته في العادة.

قوله: وإن اكـتراها للحج عليها ركـبها إلي منى ثم إلى عـرفات، ثم إلى

المزدلفة، ثم إلى منى ، ثم إلى مكة للطواف.

ثم قال ما نصه: وهل يركبها من مكة إلى منى للرمي والطواف؟ فيه وجهان، هذا لفظه، وفيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره من العود إلى الطواف ، قد تبعه عليه في «الروضة» وهو سهو إذ لا طواف إلا بالبيت، ولا طواف في منى، وأيضاً فإنه لم يبق من الأطوفة إلا طواف الوداع.

ولا يصح القول بوجوبه على المؤجر لأنه إذا تحلل التحللين فقد انتهى الحج، والذي يظهر أن الرافعي قصد التعبير بالمبيت فسبق العلم إلى الطواف.

الأمر الثاني: قال في «الروضة» وينبغي أن يكون الأصح من الوجهين المذكورين هو الوجوب لأن الحج لم يفرغ.

قوله: وإذا استأجر ثوبا للبس لم ينم فيه ليلا، وفي وقت القيلولة وجهان: أصحهما أن له ذلك، وهو الذي أورده الأكثرون ، انتهى.

والتقييد بوقف القيلولة يوهم أن النوم في غيره مخالف له وليس كذلك، فإن الأكثرين كما قاله في «الروضة»، قالوا : يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة.

قال لكن ضبطه الصيمري فقال: إن نام ساعة أو ساعتين جاز لأنه متعارف، وإن نام أكثر النهار لم يجز.

قوله: والمنفعة المطلوبة بالعقد لها مستوف ومستوفى منه، ومستوفي به، فأما المستوفى فهو المستحق الاستيفاء فله أن يبدل نفسه بغيره في الركوب والسكنى، وكذلك إذا استأجر دابة لحمل القطن فله حمل الصوف والوبر، أو لحمل الحديد فله حمل الرصاص، وأما المستوفى منه فكالدار والدابة المعينة فلا يجوز إبداله.

وأما المستوفي به فكالثوب المعين للخياطة وفي إبداله وجهان: أصحهما الجواز لأنه طريق، فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل، انتهى.

وتمثيله للقسم الأول بالحمل وقع أيضاً في «الروضة» وليس بصحيح، بل هو من القسم الثالث بلا شك، فإن قيل: كونه من الثالث واضح ولكن كيف نقيسه عليه، فالجواب أن هذا الفرد، متفق عليه، فلذلك قاس عليه الباقي كذا نقله الرافعي في الباب الثالث فقال: وبين الشيخ أبو علي محل الخلاف.

فقال : محله إذا التزم في ذمته خياطة ثوب معين أو حمل متاع معين، أما لو استأجر دابة معينة لركوب أو حمل متاع فلا خلاف في جواز إبدال الراكب والمتاع.

وفرق بأن العقد والحالة هذه يتناول المدة بدليل استقرار الأجرة بتسليمها وإن لم يركب إلى آخره، فهذا عذر الرافعي عن الثاني خاصة لكنه لا يعرف إلا بتوقيف فكان الصواب أن يبين حاله، ثم يقيس عليه.

قوله: وهل يضمن ما يتلف في يده بعد مضي المدة؟ ينبني على وجوب الرد على المستأجر وفيه وجهان:

أصحهما عند الغزالي: أنه لا يجب وإنما عليه التخلية.

وأقربهما إلى ظاهر كلام الشافعي، واختاره الأصطخري: أنه يلزمه الرد مؤنته، انتهى ملخصاً.

وما ذكره ههنا فيه إشعار برجحان الثاني لكنه خالفه في موضعين من هذا الكتاب :

أحدهما: في البيع في الكلام على حكم المبيع قبل القبض.

والموضع الثاني: في كتاب العارية، وقد تقدم ذكر عبارته في الموضعين، وخالفه أيضاً في «المحرر» فقال: إنه الأظهر للوجهين.

وتبعه النووي على هذه المواضع، ولم يذكر في «الشرح الصغير» ترجيحاً إلى ترجيح الغزالي فقط.

قوله: قال القاضي أبو الطيب ولو شرط عليه الرد لزمه بلا خلاف، ومنعه ابن الصباغ وقال: من لا يوجبه عليه ينبغي أن لا يحرر شرطه. انتهى.

تابعه في «الروضة» عليه، وهو يقتضي إقرار القاضي على نفي الخلاف، وأنه ليس في المسألة نزاع إلا ما ذكره ابن الصباغ بحثاً وهو غريب فقد صرح العبادي في «الزيادات» بالخلاف في المسألة وهما ينقلان منه كثيراً.

فقال: إنها فاسدة عندنا، يعني عند المراوزة خلافاً للإصطخري.

قوله: والأجير المشترك هو الذي ينتقل العمل في ذمته، والمنفرد هو الذي أجر نفسه مدة معلومة، انتهى.

والحدان المذكوران لا يوجد منهما الحكم في إجارة العين، بل الأول يقتضي أنه منفرد، والثاني يقتضي أنه مشترك.

قوله: وقيل :المشترك هو الذي شاركه في الرأي فقال: اعمل في أي موضع شئت، والمنفرد هو الذي عين عليه الموضع، انتهى.

وتخييره في الموضع لا مشاركة فيه في الرأي إنما الشريك في الأمكنة بمعنى عدم التخصيص.

لا جرم أن الإمام لم يفسر بذلك، بل عبر بقوله: من لا يتعين لعمله مكان، والغالب أن الرافعي إنما أخذه منه.

قوله: وحيث قلنا بوجوب الضمان على الأجير فالواجب أقصى قيمته من يوم القبض إلي يوم التلف، أم قيمة يوم التلف فيه وجهان، انتهى.

والأصح هو الثاني: كذا صححه النووي في «الروضة».

قوله: وإن أتلف أجنبي الثوب المقصور في يد الأجير، وجعلنا القصارة

عيبا، وفسخ غرم الأجنبي الثوب لمالكه غير مقصور، وقيمة القصارة للأجير، انتهى.

لم يبين المراد من قيمة القصارة وقد بينها في «النهاية» فقال: قيمة الثوب عشرة والأجرة المسماة درهم، والثوب المقصور قيمته خمسة عشر وأجرة مثل القصارة نصف، فالذي قطع به الأئمة قاطبة أنه لا يغرم للقصارة خمسة بل يرجع بمقدار أجرته.

ثم المسألة محتملة فيجوز أن يقال يستحق مقدار المسمى، فكأن ذلك القدر رجع إليه بالفسخ، ويجوز أن يقال يطالب بأجرة مثله فإن الشيخ أسقط اعتبار المسمى ، هذا كلامه.

وعدم المطالبة بالخمسة مشكل لأنه أتلف ما قيمته خمسة عشر بدليل المطالبة بها لو لم يفسخ، فينبغي توزيعها عليها بالنسبة.

قوله: فرع: سلم ثوباً إلي قصار ليقصره فجحد ثم أتى به مقصوراً، إستحق الأجرة إن قصره ثم جحده، وإن جحد ثم قصر فوجهان: وجه المنع أنه عمل لنفسه وخرج الصيدلاني الوجهين على القولين في أن الأجير على الحج إذا صرف الإحرام إلى نفسه، هل يستحق الأجرة؟ انتهى.

والصحيح في مسألة القصارة هو الاستحقاق فإن الرافعي لما حكى القولين في الحج قال ما نصه: وأصحهما: أنه يستحق لصحة العقد في الابتداء، وحصول غرض المستأجر وهذا الخلاف يجري في ما إذا دفع ثوباً إلى صباغ ليصبغه فأمسكه لنفسه وجحده وصبغه لنفسه ثم رده، هل يستحق الأجرة، وعلى هذا نظائر.

ثم قال: فإن قلنا بالإستحقاق فالأصح وجوب المسمى، وقيل أجرة المثل، انتهى كلام الرافعي ولم يستحضر النووي هذا الكلام المذكور في الحج وقال هنا من زياداته ما نصه: ينبغي أن يكون أصحهما الفرق بين أن يقصد

بعلمه نفسه فلا أجرة أو يقصد عمله عن الإجارة الواجبة فيستحق انتهى. ولم يذكر ترجيحا غيره أصلا، وهو مخالف لما تقدم من كونه يستحق مطلقاً فلا التفات إليه فإن عبارته تدل على أنه لم يستحضر ما سبق وقد ذكر أيضاً أعني النووي في «إحياء الموات» ما يوافق الاستحقاق فقال ناقلا عن الرافعي: لو قال مالك المعدن لشخص: اعمل فيه فما استخرجته فهو لنفسك أو قال: استخرج لنفسك فالحاصل لمالك المعدن لأنه هبة مجهولة، وفي إستحقاقه الأجرة وجهان لأنه لم يتبرع، بل عمل لنفسه، ولم يحصل له، قلت ثبوتها أصح انتهى.

ويسأل عن الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر الأب الأم لإرضاع الولد، وقلنا لا يجوز فإن الأصح في «الروضة» أنها لا تستحق أجرة المثل مع أنها دخلت طامعة، وقريب من هذه المسائل ما إذا قالت المرأة إن طلقتني فأنت بريء من صداقي فطلقها، فإنه لا يستحق شيئا على الصحيح، وسيأتي ذلك في موضعه.

قوله: كما إذا ضرب الدابة أو كبحها باللجام.

الكبح بالكاف المفتوحة والباء الموحدة الساكنة والحاء المهملة هو جذب الدابة باللجام لكي تقف تقول منه كبحت الدابة، ويقال فيه أيضاً أكمحتها وأكفحتها بالألف فيهما، والكبح أيضاً على وزن الأول وحروفه، إلا أن الثاني منه تاء مثناة من فوق مدلوله رمى الجسم بشيء يؤثر فيه كما قاله الجوهري.

قال: ويطلق أيضاً على الأكل من الطعام إلى أن يشبع.

وإذا علمت ذلك علمت أن ما وقع في الرافعي يجوز قراءته بالموحدة والمثناة.

وقد ذكر الرافعي ألفاظاً أخرى منها التلميذ ومنها البزغ بباء موحدة

مفـتوحـة وزاي [ساكنة وغين][(١)] معجـمة أيضاً هو شرط الحـاجم والبيطار لإخراج الدم، والألة تسمى المبزغ بكسر الميم.

قوله: وكذا لو ركب الدابة من هو أثقل منه وقرارالضمان على الثاني إن كان عالما وإلا فعلى الأول، انتهى كلامه.

وما ذكره من أن قرار الضـمان على الأول ليس على إطلاقه، بل محله أن تكون يد الثاني لا تقتضي الضمان كالمستأجر ونحوه.

فإن كانت تقتضي كالمستعير فالقرار عليه كما أوضحوه في الغصب.

قوله: ولو أكرى دابة وركباها فارتدفهـا ثالث بغير إذنهما فهلكت الدابة ففيما يجب على المرتدف ثلاثة أوجه:

أحدها: نصف القيمة،

والثاني: ثلثها.

والثالث: تقسط على قدر أوزانهم فيلزمه حصة وزنه، انتهى ملخصا.

والأصح هو الثاني كذا صححه في «الروضة» .

قوله: وإذا دفع ثوباً إلى خـياط ليقطعـه ويخيطه فخـاطه قباء ثم اخـتلفا، فقـال الخياط هكذا أمرتنـي وقال المالك بل أمرتك أن تقطعـه قميصـا فالذي نص عليه الشـافعي في «الإملاء» أنهمـا يتحالفـان ونقله أيضاً عنه المزني في «الجامع الكبير» ، ونقل أعني الشافعي عن أبي حنيفة أن القول قول المالك.

وعن ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط، ثم قال: وكلاهما مدخول، وإن كان جواب أبي حنيفة أشبه بالحق، واختلف الأصحاب في المسألة على طرق حاصلها أقوال:

أصحهـا: عند الأكثرين تصديق المالك لأنهمـا لو اختلفا في أصل الإذن

---

(١) سقط من ب.

لكان القول قول المالك فكذلك إذا اختلفا في صفته، وهذا كما لو قال دفعت هذا المال إليك وديعة، فقال: بل رهنا أو هبة، فإن المصدق هو المالك، وأيضاً فإن الخياط معترف بأنه أحدث نقصا في الثوب ويدعي أنه مأذون فيه والأصل عدمه.

وأيضاً فإنه يدعي أنه أتى بالعمل الذي استأجره عليه والمالك ينكر، فأشبه ما إذا استأجره لحمل متاع، وقال الأجير: حملته إليك وأنكر المالك، فالقول قول المالك.

والقول الثاني: يصدق الخياط لأنهما اتفقا على الإذن في القطع، والظاهر أنه لا يتجاوز المأذون ولأن المالك يدعي علة الغرم، والأصل عدمه.

والثالث: يتحالفان لأنهما اتفقا على عقد معاوضة، واختلفا في صفته لأن كل واحد مدعي ومدعى عليه، فالخياط يدعي الأجرة والمالك ينكرها، وبهذا القول قال أبو علي الطبري، وصاحب «التقريب» والشيخ أبو حامد.

ونقله السرخسي عن ابن سريج، وصححه الغزالي ورجح أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، والقاضي أبو حامد وغيرهم نفي التحالف.

ونقل عن ابن سريج أيضاً.

والرابع: إن جرى بينهما عقد تحالفا كسائر الإختلافات، وإن لم يقع عقد فلا لأن الخياط لا يدعي الأجرة، وإنما النزاع في الأرش، انتهى ملخصا.

فيه أمور:

أحدها: أن ذكر القول الرابع يقتضي أن الأقوال السابقة جارية مع وجود العقد وبدونه، وهو باطل قطعا، فإن التحالف لا يجري إلا عند الاتفاق على العقد، وأيضاً فالمسألة مصورة بذلك.

الأمر الثاني: أن الصواب نقلا واستدلالاً إنما هو القطع بالتحالف، أما النقل فلأنه المنقول في هذا الكلام عن الشافعي نفسه، والقولان الأخيران

حكاهما عن غيره، بل زاد على ذلك وقال: أنهما معا مدخولان كما سبق فكيف يمكن مع ذلك أن يكون مذهب الشافعي غير التحالف.

وأما نقله ذلك عن الأكثرين فقلد فيه صاحب «البيان»، ولا شك أن الأصحاب المتقدمين على الرافعي على اختلاف طبقاتهم على ثلاثة أقسام:

الأول: من لم يتعرض للمسألة بالكلية وهم جماعات.

الثاني: من حكى خلافاً ولم يصحح شيئاً منهم القاضي الحسين في تعليقته والصيدلاني في «شرح المختصر» والفوراني في كتابيه «الإبانة» و«العمد» والمتولي في «التتمة»، والإمام في «النهاية» وابن الصباغ في «الشامل» والبغوي في «التهذيب» وأبو عبد الله الطبري في «العدة» والخوارزمي في «الكافي» والقاضي مجلي في «الذخائر».

والقسم الثالث: المصححون لتصديق المالك كما قاله الرافعي، ومنهم أبو الحسن منصور التميمي في كتاب «المسافر»، وأبو الحسن ابن خيران في «اللطيف»، والشيخ أبو محمد الجويني في «مختصر المختصر» و«السلسلة»، وأبو خلف الطبري في «شرح المفتاح»، والغزالي في «عقود المختصر» والسرخسي في «الأمالي»، والروياني في «البحر» و«الحلية»، وأبو نصر الأرغياني في «الفتاوى» وأبو سعد ابن أبي عصرون في كتبه، والهروي في «شرح أدب القضاء» للعبادي.

نعم عبر هذا بالقياس لا بالأصح ونحوه.

وذكر الشافعي في كتاب الصلح من «البويطي» نحوه ورأيت في «أدب القضاء» للإصطخري الميل إليه فإنه عبر بقوله: وكأنه أقوى.

القسم الرابع: المصححون لقول التحالف، فمنهم القفال كما نقله عنه في «البحر» والقاضي أبو الطيب كما نقله عن الشيخ نصر المقدسي في «التهذيب» وفي «المقصود»، وصححه أيضاً الدارمي في «الاستذكار»،

والمحاملي في «المقنع» وفي كتابه المسمى «بالقولين والوجهين»، وكذلك في كتاب «عدة للمسافر وكفاية الحاضر»، والماوردي في «الحاوي»، وأبو علي البندنيجي في «تعليقه» وسليم الرازي في «المجرد»، وفي «رؤوس المسائل» وفي «الكافي» أيضاً والشيخ نصر المقدسي في «التهذيب» وفي «المقصود» وفي «الكافي» والشيخ أبو إسحاق في «المهذب»، و«التنبيه»، والغزالي في «الوسيط» و«الوجيز»، والجرجاني في «التحرير» والشاشي في «الحلية»، وأبو نصر البندنيجي في كتاب «المعتمد» وكلام أبي علي الزجاجي في «التهذيب» يقتضي أنه قول الشافعي لا غيره.

وقد تقدم من كلام الرافعي نقل ذلك أيضاً عن أبي علي الطبري، وصاحب «التقريب»، والشيخ أبي حامد، وقد ذكرت لك أيها الواقف على هذه المسألة نقولا موافقة للرافعي لم يطلع عليها بالكلية.

وذكرت أيضاً من ذهب إلى خلاف ذلك والذاهبون إليه أكثر، ومنهم شيخا الطريقتين العراقية والخراسانية القفال والشيخ أبو حامد.

وهو الموافق لنص الشافعي، وللقواعد المذهبيةكما سيأتي بيانه فوجب القول به وبالله التوفيق.

وأما تصويب التحالف من جهة الاستدلال فلأن قاعدتنا ذلك في كل عقد معاوضة اتفقا عليه، واختلفا في صفته فما وجه خروج هذه الصورة عن هذه القاعدة العامة المتفق عليها، ولأنهما لو اختلفا والثوب صحيح فقال المالك استأجرتك لتخيطه قميصاً، وقال الخياط بل استأجرتني لأخيطه قباء تحالفا بلا خلاف كما قاله الماوردي، قال وإذا تحالفا قبل القطع وجب القول به بعده لأن كل ما أوجب التحالف مع تغير أحواله وهذا أيضاً دليل قطعي على التحالف ، فإن التحالف يجوز بعد تلف المبيع وتعيبه كما هو مذكور في بابه، وأما الاستدلالات التي اعتمد عليها الرافعي في تصديق المالك تعجيبة.

أمـا الأول: وهو استدلاله بقوله لأنهـما لو اختلفا في أصل الإذن لكان القول قـول المالك فكذلك إذا اختلفـا في صفتـه، فجوابه: أن المتـبايعين لو اختلفا في أصل البيع كان القول قـول المنكر بلا نزاع، ولو اختلفا في صفته فإنهما يتحالفان، ولو قلنا بهذا لبطلت مسائل التحالف كلها وتعطلت قاعدته وارتفع، بابه ثم إنا في التحالف قد أعملنا هذه القاعدة بعينها لأن البائع مثلا رذا قال بعتك بعـشرة، فقال المشتـري بل بخمسة فكل واحد منهـما لما كان القول قوله في نفي العقد كان القول قوله في صفته، ولهذا أحلفنا كلا منهما على إثبات ما يقوله، ونفي ما يقوله الآخر، لأنا جعلنا القول قوله ولكن مع يمينه لاحتمال، فلو لـم يجعل القول قوله لـم نحلفه فلما قبلنا قول كل منهما في التحالف مع يمينه لأجل أن من كان القول قوله في شيء كان القول قوله في صفة ذلك الشيء، ولم يكن لأحدهما مرجع على الآخر فسخنا العقد.

وأما الثاني: وهو استدلاله بقوله كما لو قال دفعت هذا المال إليك وديعة فقـال : بل رهنا أو هبة فإن المصـدق هو المالك فذهول عجـيب أيضاً، لأن التحالف إنما يشرع إذا اتفقا على العقد الواحـد واختلفا في صفته وقد وجد ذلك في مسألتنا دون هذه المسألة.

وأما الثـالـث: وهو إستدلاله بقوله لأن الخياط مـعترف بأنه أحدث نقصاً في الثـوب ويدعي أنه مـأذون، والأصل عدمـه فعـجـيب لأنا لا نسلم أن الأصل عدمه ولهذا حلفنا المالك على عـدمه وحلفناه هو على عدم ما يقوله المالك، ثم فسخنا لعدم ترجيح أحدهما على الآخر.

وهكذا مسـائل التحالف كلها فـإن الأصل عدم اشتراط الخـيار والأجل والرهن والضمان مع مشروعية التحالف لما ذكرناه.

وأما الرابع: وهو استدلاله بقوله لأن الخياط يدعي أنه أتى بالعمل الذي استأجره علـيه والمالك ينكره فأشبه ما إذا اسـتأجره لحمل متاع فـقال الأجير حملت وأنكر المالك فـأعجب مما قبـله لأن التحالف إنما شـرع عند الاتفاق

على العقد والاختلاف في صفته، وقد وجد ذلك في مسألتنا، وأما الاستئجار لحمل المتاع فإن النزاع فيه لم يقع في صفة العقد، بل في الإتيان بالمعقود عليه، وأين هذا من ذاك فثبت بما قلناه بطلان جميع أدلة القول بتصديق المالك.

وأما تصديق الخياط وأدلته فالرافعي وغيره يسلمون ضعفها، والذي يظهر أن هذه الأدلة جميعها إنما ذكروها للرد على قول ابن أبي ليلى وهو تصديق الخياط عند ذكرهم لقوله، وقول أبي حنيفة فقط، وهكذا سلكه الشافعي نفسه والرد عل ابن أبي ليلى بذلك صحيح.

وأما جمع قول التحالف معه في الاستدلال بها فمردود لما ذكرناه، فثبت أن الحق هو التحالف، ولا شك أن بعض الأصحاب نظر إلى ما حكاه في «الجامع الكبير» من قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى وأن قول أبي حنيفة أشبه، وذهل عن ما بعده وهو التصريح بضعفها.

وعن ما في «الإملاء» وغيره وهو التصريح بالتحالف فذهب إليه، واستدل عليه بهذه الأمور الضعيفة التي حصل فيها الالتباس فقلده فيه من بعده، وكثيرا ما يقع ذلك.

قوله: فإن صدقنا الخياط بيمينه، فإذا حلف فلا أرش عليه، وفي الأجرة وجهان:

أظهرهما: أنها لا تجب أيضاً لأنه في الأجرة مدعي فيكون القول قول المنكر.

وفائدة يمينه دفع الغرم عن نفسه، فإن أوجبناها ففي مقدارها وجهان:

أحدهما: المسمى إتماماً لتصديقه.

وأظهرهما: أجرة المثل، لأنا لو صدقناه من كل وجه لم يأمن أن يدعى مالاً كثيراً كاذباً، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن النووي في «الروضة» لم يبين الراجح من الوجهين الأخيرين.

الثاني: أن المسألة مفروضة في ما إذا اختلفا مع الاتفاق على الأجرة المسماة في العقد وحينئذ تمتنع الزيادة عليها، فإن انضم إلى الاختلاف في صفة القطع اختلافهما في قدر الأجرة فتلك مسألة أخرى، والتحالف جار فيها بلاشك كما قاله في «الإقليد» وأبدى ابن الرفعة في «المطلب» ذلك أيضاً بأن رب الثوب قد وافقه على استحقاقه بالعقد، واختلافهما إنما حصل في ما يتقرر به.

وقد جعلنا القول قول الخياط، وهذا يظهر بصحيح أصل الاستحقاق.

نعم إن كان الإذن في ضمن جعالة فالمسمى لا يجب فيها إلا بفراغ العمل، فإذا وقع الخلاف فيه وقع الخلاف في الاستحقاق فلا يثبت المسمى وقد ثبت تسمية الإذن في العمل، فوجب أن يجب له أجرة المثل.

واعلم أنه إن كان المسمى أقل من أجرة المثل فهو الواجب بلا نزاع لأنه لا يدعي أكثر منه كذا قالوه، وخرجه ابن أبي الدم على مسألة تقتضي إثبات خلاف، وفرق بينهما في المطلب.

قوله: فإن قلنا لا أجرة له بيمينه فله أن يدعي الأجرة على المالك، ويحلفه فإن نكل فهل يجدد اليمين على الخياط أم يكتفي بيمينه السابقة فيه وجهان:

أحدهما: يجدد لأن إثبات المال بيمين المدعي من غير نكول بعيد.

والثاني: وبه قال القاضي الحسين لا يجدد وكأن يمينه السابقة كانت موقوفه على النكول، انتهى.

والصحيح هو الأول فقد قال الإمام: ذهب إليه ذاهبون.

وقال: إنه قياس الخصومات وهو حسن منقاس ولم ينقل الثاني إلا عن القاضي خاصة، وقد رجح النووي أيضاً ما قلناه.

فقال: وينبغي أن يكون أصحهما التجديد وهذه قضية مستأنفة هذه عبارته.

ولم يستحضر الأصح الذي نقلناه، ولو استحضره لذكره بلاشك لاشتماله على الترجيح النقلي والقياسي.

قوله: في أصل «الروضة» وإن صدقنا المالك بيمينه فعلى الخياط أرش النقصان، وقيل وجهان، فإن أوجبنا فوجهان:

أحدهما: ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً.

والثاني: ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء انتهى.

والأصح هو الأول، فإن الأصحاب بنوهما على أصلين:

أحدهما: إذا اكترى أرضاً ليزرع الحنطة فزرع ما هو أضر كالذرة ففيه قولان:

أصحهما:يعرض عن عقد الإجارة ، ويلزمه بأجرة المثل.

والثاني: يغرم تفاوت ما بين الزرعين.

الأصل الثاني: الوكيل في البيع إذا ضمناه ففيه قولان: أصحهما يغرم جميع القيمة .

والثاني: يحط عنه ما يتغابن الناس به لأنه كالمأذون فيه.

قالوا فعلى الأول من المسألتين يغرم هنا جميع الأرش، وهو التفاوت ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً، حتى لو لم يكن قبل القطع فلا شيء عليه.

هذا كلامهم، ومقتضاه تصحيح الأول، وقد صرح بتصحيحه إمام

الحرمين فقال: إنه الأصح، واختاره ابن عصرون في «المرشد» والعجب أن الرافعي نقل عن الشيخ أبي محمد أنه مبني على هذين الأصلين فحذف ذلك من «الروضة» وأرسل الخلاف من غير تصحيح.

واعلم أن مقتضى عبارتهم أن الخياطة لا تدخل في التقويم، فلذلك لم يقولوا بين قيمته، صحيحاً ومخيطاً قباء.

قوله: فإن قلنا يغرم التفاوت بين القطعتين فهل يستحق الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص من القطع فيه وجهان: الذي أجاب به منهما صاحب «المهذب» هو الاستحقاق، لكونه مأذوناً فيه وضعفه ابن الصباغ لأنه لم يقطعه للقميص، انتهى.

والأصح منهما عدم الاستحقاق، فقد نقله صاحب «البيان» عن نص الشافعي وعلله بما سبق وهو كونه لم يقطعه، لكونه قميصاً.

وقال في «البحر»: إن مقابله ليس بشيء، ولهذا صححه في «الروضة» من زوائده.

قوله: وأما كيفية اليمين إذا صدقنا الخياط فقال في «الشامل»: أن يحلف بالله ما أذنت لي في قطعه قميصاً، ولقد أذنت في قطعه قباء. انتهى.

قال في «الروضة»: وقال الشيخ أبو حامد: يحلف لقد أذنت لي في قطعه قباء فقط، وهذا أصح إن لم يثبت للخياط أجرة؛ لأن هذا القدر كاف في نفي الغرم، فإن أثبتناها فقول صاحب «الشامل» هو الصواب.

هذا كلامه، وفيه أمور:

أحدهما: في البحث عن تعبير النووي بقوله فقط هل هو من جملة اليمين أم لا؟ فإن كانت فيجوز أن يكون الشيخ أبو حامد اكتفى بذلك لأجلها لأنها في قوة قولنا :أذنت لي في قطعه قباء لا قميصاً، وحينئذ فيستوي اليمينان، فإن كانت هذه اللفظة من كلام الناقل بمعنى أنه قال هذا

فقط فيجيء ما يقوله النووي، فالجواب أنها من كلام الناقل، فإن الشيخ أبا حامد لم يتعرض لذلك، وممن نقله عنه كما ذكرناه صاحب «البيان» والظاهر أن «النووي» إنما نقله عنه على عادته في كثرة النقل عنه، ونقله أيضاً كذلك ابن الرفعة وغيره.

الأمر الثاني: أن المسألة مشهورة في المذهب فقد قال: بوجوب الجمع جماعات منهم البندنيجي والقاضي الحسين، والقاضي أبو الطيب، وإمام الحرمين والغزالي وغيرهم، والثاني صححه الماوردي والروياني.

الأمر الثالث: أن التصحيح الذي قاله النووي وجعله الصواب لا وجه له، بل الذي يقول إنه يكفي الحلف على أنه أمره بقطعه قباء يقول بذلك سواء قلنا يستحق الأجرة أم لا كما قاله في «المطلب» لأنا إن قلنا يستحقها فهو يدعيها بالإذن في القباء وقد أثبته بيمينه، وإن قلنا لا يستحقها فالاقتصار واضح.

ومدرك القائل بأنه لابد أن يحلف أيضاً على أنه ما أمره بقطعه قميصاً لأنه ادعى ذلك فيحتاج أن ينفيه، ولكن للأخر أن يجيب بأن الحلف على الإذن في القباء يتضمن نفي ذلك فالذي زعم النووي أنه الصواب لا وجه له ويبقى حينئذ النظر في المقالتين، ولا شك أن الأكثرين على الجمع، والراجح من جهة المعنى هو الثاني على أنه لا وجه له بالكلية، فإن قول الخياط ما أديت لي في قطعه قميصاً لا أثر له في نفي الأرش ولا استحقاق أجرة، فإنه إنما دل على نفي الإذن خاصة، والذي دل على الأمرين هو قوله لقد أذنت لي في قطعه قباء فإنه نفى الأرش لعدم التعدي، وأثبت الأجرة لوجود الإذن.

ويدل لما قلناه أنا إذا صدقنا المالك فيكفيه الحلف على النفي، كما نقله الرافعي عن ابن الصباغ وأقره وجزم به في «النهاية» و«البسيط» والنفي في

جانب المالك نظير الإثبات في جانب الخياط.

قوله: وإن فرعنا على قول التحالف قال ابن كج: كان المالك هنا كالبائع. انتهى.

تابعه في «الروضة» على أن المـالك كالبائع ويظهر أنه سهـو، بل الخياط كالبـائع لأنه بائع المنفعة ويدل عـليه ما قالـوه في البيع في تمييـز البائع عن المشـتري من دخول الـياء ووجود النـقد وأيضـاً استعـمال المؤجـر لنعت إذا صححنا العقد بها.

الباب الثالث في «الطوارئ الموجبة للفسخ»

قوله: وإن فات أي فوات العين المستأجرة في خلال المدة انفسخ العقد في الباقي، وفي الماض، يجيء الطريقان في ما إذا اشترى عيدين وقبض أحدهما فتلف الثاني قبل القبض.

ثم قال: فإن قلنا :لا ينفسخ فهل له خيار الفسخ؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الإمام وصاحب «التهذيب»: لا، لأن منافعه قد صارت مستوفاة.

والثاني: وبه أجاب ابن الصباغ وآخرون، نعم ،لأن جميع المعقود عليه لم يسلم له، انتهى كلامه.

لم يصرح بتصحيح في «الروضة» أيضاً، والصحيح أنه ليس له ذلك، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالأصح.

قوله: والنص في انهدام الدار الانفساخ وفي انقطاع ماء الأرض ثبوت الفسخ فقيل بتقرير النصين والأظهر طريقة التخريج، لكن الأظهر من القولين في كل مسألة ما نص عليه، انتهى ملخصاً.

كيف يستقيم تصحيح التخريج على تصحيحه تصحيح التقرير، فإن مقتضى التخريج المساواة لا الفرق، فالجمع بينهما متناف.

قوله: ولو غصب العين المستأجرة وانقضت المدة فينبني على أن إتلاف المبيع هل هو فسخ أم لا؟ ثم قال: والذي نص عليه الشافعي وأجاب به الأصحاب انفساخ الإجارة ، انتهى.

تابعه النووي في «الروضة» على ذلك وفيه أمران:

أحدهما: أن النووي قد خالف في «تحرير التنبيه» فجزم بأنه كإتلافه،

وادعى أنه الصواب وأنه وقع كذلك في نسخة المصنف، وهذا يقتضي تصحيح عدم الإنفساخ على خلاف ما قاله الشافعي والأصحاب وهو تناقض فاحش.

وقد فرق القاضي حسين بفرق ذكره الرافعي أيضاً بعد هذا في نظير المسألة، وهو أن المعقود عليه في باب البيع هو المال وهو واجب على الجاني فيتعدى العقد من العين إلى بدلها بخلاف الإجارة، فإن المعقود عليها هي المنفعة، وهي غير واجبة على متلفها، إنما الواجب المال فلهذا لم يتعد العقد من المنفعة إلى بدلها وليست المسألة في «المحرر» ولا في «المنهاج»، والمذكور فيهما إنما هو غصب العين من غير مضى مدة، والحكم فيه أنه مخير.

الأمر الثاني: أن الشافعي والأصحاب إذا كانوا قائلين بالانفساخ فمن أين للرافعي والنووي البناء المذكور؟ وكيف يجزمان بشيء قد خالفهما فيه الشافعي وأصحابه؟

والظاهر أنه سقط من المسألة شيء، وأصله جمهور الأصحاب، أو نحو هذا.

قوله: الثانية للمكري مخاصمة من غصب العين المكراه أو سرقها لحق الملك، وهل للمكتري مخاصمتهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لأنه يستحق المنفعة فيطالبه ليستوفي المنفعة.

وأظهرهما: ويحكى عن نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ لا لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك فأشبه المودع والمستعير والوجهان جاريان في أن المرتهن هل يخاصم ؛لأن له حقا في المرهون؟ انتهى.

تابعه عليه في «الروضة» وفيه أمور:

أحدهما: أن ما جزم به في المودع عنده من أنه لا يخاصم قد جزم به أيضاً في الباب الثالث من أبواب الرهن وفي كتاب السرقة أيضاً، لكنه

خالف المواضع الثلاث فجزم في كتاب الحج في باب محظورات الإحرام في الكلام على الحلق بأن له المخاصمة وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه.

الأمر الثاني: أن ما ذكره ههنا من حكاية الخلاف في المرتهن وجهين قد خالفه في الرهن أيضاً، في الموضع المتقدم ذكره وهو الباب الثالث، وقد سبق إيضاحه.

الأمر الثالث: أن محل الخلاف في مخاصمة المرتهن إنما هو عند امتناع الراهن من المخاصمة، كما ذكره أيضاً في الرهن، وكلامه هنا يقتضي خلافه.

الأمر الرابع: أن الرافعي قد جزم في آخر الدعاوى بأن للمرتهن أن يخاصم ولم يفصل، وهو عجيب، وقد سبق إيضاحه في الرهن.

قوله: ولو تلف الثوب المعين للخياطة ففي انفساخ العقد خلاف سبق إيضاحه في الباب الثاني أصحهما عند العراقيين والشيخ أبي علي ينفسخ وإن حكمنا بأن الإجارة لا تنفسخ فلم يأت به لعجز أو مع القدرة حتى مضت مدة توفية إمكان العمل، ففي استقرار الأجرة وجهان نقلهما الإمام، انتهى.

لم يصحح شيئا في «الشرح الصغير» أيضاً، ولا أصح عدم الاستقرار، كذا صححه النووي في زياداته.

قوله: وموت الصبي المعين للتعليم كتلف الثوب المعين للخياطة، وكذا الصبي المعين للإرضاع، انتهى.

لكن إذا قلنا الإجارة لا تنفسخ في المعين للإرضاع فلم يأت بصبي آخر لعجزه، فلا يكون كالثوب في إجراء الوجهين المتقدمين فاعلمه.

فقد صرح به الرافعي في كتاب الخلع في الركن الخامس منه نقلا عن البغوي وغيره.

وصرح به النووي من «زياداته» رداً على الرافعي حيث حاول التسوية بينهما في إجراء الوجهين، وكأن الفرق أن القدرة على تحصيل الثوب أكثر من القدرة على تحصيل الرضيع.

قوله: ولو أوصى بمنفعة داره لزيد مدة عمر زيد [فقبل][(١)] الوصية وأخرها مدة ثم مات في أثنائها انفسخت الإجارة، لأنها حقه بموته، انتهى كلامه.

وهذه المسألة قد عبر عنها في «الروضة» بقوله ولو أوصى بداره لزيد إلى آخر المسألة، ولم يجعل مورد الوصية هو المنفعة، بل بالعين إذا علمت ذلك فالذي ذكره كل منهما مردود أما الرافعي فإنه قد جزم في كتاب الوصية بأن هذه الوصية أي الوصية بالمنافع المقيدة بعمر الموصى له إباحة المنافع لا تمليك، حتى لا تصح الإجارة.

وفي الإعارة وجهان ذكر ذلك في الباب الثاني في القسم الثاني منه وهو المعقود للأحكام المعنوية، وسأذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى فراجعه.

وأما التصوير الذي ذكره النووي فلأنه وصية على صورة العمري، وحكمه حكم العمري في حال الحياة حتى يتأبد ويورث عنه، ولا يعود إلى ورثة المعمر.

وسأذكره في كتاب الهبة واضحا إن شاء الله تعالى فراجعه.

قوله: ولو هرب الجمال فأذن الحاكم للمستأجر أن ينفق عليها ويرجع فاختلفا في المقدار صدق المستأجر، وقيل الجمال. انتهى ملخصاً.

قال الأصحاب إنما يقبل قول المستأجر إذا ادعى نفقة مثله في العادة، وقد استدركه عليه في «الروضة».

---

(١) في ب: فعمل.

قوله: ولو لم تكن المدة مقدرة، كما لو استأجر دابة للركوب إلى بلد، ثم لم يسلمها حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه لم تنفسخ الإجارة في أظهر الوجهين.

وعلى هذا ففي «الوسيط» أن للمكترى الخيار لتأخر حقه: ورواية الأصحاب تخالف ما رواه فإنهم قالوا: لا خيار للمكترى كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلمه. انتهى كلامه.

ذكر في «الروضة» مثله أيضاً، وهذا القياس يقتضي شيئين:

[**أحدهما:** ثبوت الخيار للمشتري قبل تسليم البائع وليس كذلك][1] على ما قرره الرافعي في باب «التفليس».

الثاني: أنه لم يصور مسألة الإجارة هنا بما إذا امتنع ثم سلم كما صوره في المقاس عليه، وقياسه عليه يقتضي ثبوت الخيار للمستأجر قبل التسليم واعلم أن اقتضاه كلام الرافعي من انفراد الغزالي بالخيار ليس كذلك، فقد سبقه إليه الماوردي في «الحاوي»، ونقله عنه في «الكفاية» وهو المتجه أيضاً.

والفرق بينه وبين امتناع البائع من التسليم ظاهر فإن الإجارة لا تراد للدوام ولا في كل وقت وزمان بل عند الحاجة إليها، فإذا تعذر عليه السير مثلا في الوقت الذي استأجر فيه فقد فات المطلوب فأثبتنا الخيار والملك يراد غالبا للدوام.

قوله: ولو كانت الإجارة فاسدة استقرت فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى [في الإجارة الصحيحة سواء انتفع أم لا وسواء كانت أجرة المثل أقل من المسمى][2] أم أكثر. انتهى كلامه.

وذكر قبل ذلك أن الأجرة في الإجارة الصحيحة تستقر إذا سلم العين

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

ومضت المدة أو عرضها عليه، ومضى زمن بعد العرض يمكن فيه الاستيفاء سواء كانت الإجارة على العين أو على الذمة، وهذا الكلام بإطلاقه يشعر بأن الأجرة تستقر في الإجارة الفاسدة إذا حصل الغرض ومضى زمن يمكن الاستيفاء فيه، وهو باطل لأنه لم يلتزم الأجرة لعقد ولا وضع يده على مال الغير.

وقد ذكر في «المهذب» نحو ما ذكره الرافعي، فاستدرك عليه صاحب «البيان» بنحو ما ذكرته.

فقال: والذي يقتضيه المذهب أنه لا شيء لأن الأجرة إنما تستقر بعقد صحيح، ويتمكن فيه من استيفاء المنفعة، أو بأن تتلف المنفعة تحت يده ولم يوجد ههنا أحدهما هذا كلامه.

رأيت ذلك في كتاب «تذكرة العالم وارشاد المتعلم» لأبي حفص عمر ولد الإمام أبي العباس ابن سريج.

فقال: إذا وقعت الإجارة على فساد فعلى المستأجر إن كان سكن أو استخدم أجر مثل ذلك هذه عبارته، فقيد ذلك بما إذا انتفع.

قوله: في أصل «الروضة»: فرع: أجر الحر نفسه مدة لعمل معلوم، وسلم نفسه فلم يستعمله المستأجر حتى مضت المدة، أو مدة يمكن فيها ذلك العمل استقرت الأجرة على الأصح ويجري الخلاف في ما إذا ألزم ذمة الحر عملا فسلم نفسه، انتهى.

وتعبيره بقوله مدة لعمل معلوم قد شاهدته كذلك في «الروضة» التي هي بخط النووي كما وقع في سائر النسخ، وهو لا يستقيم مع التقسيم الآتي عقبه وهو استقرار الأجرة تارة بمضي المدة وتارة بالعمل، فإن اجتماعهما في عقد واحد مفسد له.

وهذا الخلل وقع من إسقاط لفظة واحدة من كلام الرافعي، وهي «أو»

الدالة على التقسيم فإنه أعني الرافعي عبر بقوله مدة أو لعمل معلوم فأسقطها النووي ظنا منه أنها زائدة لكون الإجارة لابد فيها من بيان نوع العمل وذهل عما سيأتي فلزم الخلل، وليس هذا هو المراد بل المراد بالعمل المضبوط ما كان مقدراً بالعمل خاصة كخياطة الثوب وبناء الحائط، ولكن سكت الرافعي عن بيان نوع العمل لأنه قد تقدم من كلامه أنه لابد منه، وليس هذا موضعه فتفطن له.

قوله: المسألة الثانية أكرى عينا مدة ثم إن المؤجر إستوفى منفعة المدة.

حكي المتولي فيه طريقين: أحدهما أنه كما لو أتلف البائع المبيع قبل القبض.

والثاني: القطع بالانفساخ فرقا بأن الواجب هناك بالإتلاف إنما هو القيمة، وأنها قابلة للبيع فجاز أن يتعدى حكم البيع إليها، وأما ههنا فالذي يقدر وجوبه هو الأجرة، وأنها لا تقبل الإجارة فلا يتعدى حكم الإجارة إليها، انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وهو يوهم أن إتلاف البائع ليس فيه طريقة قاطعة بالإنفساخ، وليس كذلك فقد تقدم في كتاب البيع أن فيه طريقين:

أصحهما: أن فيه قولين أظهرهما إنفساخ العقد.

والثانية: القطع بالإنفساخ.

وكلام «التتمة» صحيح لا اعتراض عليه، فإنه لم يذكر في البيع إلا قولين، ولم يحك الطريقة القاطعة فلذلك حسن منه هنا حكاية الطريقين.

نعم الفرق الذي ذكره صاحب «التتمة»، قد ذكره القاضي حسين في «تعليقه» أيضاً، ونستفيد منه أن بعض من قال هناك: إنه لا ينفسخ قائل هنا بالانفساخ، وحينئذ فيقال في المسألة طريقان:

أحدهما: القطع بالانفساخ.

والثانية: أنها كإتلاف المبيع حتى يجيء فيها الطريقان إلا أن حاصلها لا يخرج عن طريقين.

قوله: الإجارة قد تكون من الموقوف عليه، وقد تكون من المتولي، فإذا أجر البطن الأول، من الموقوف عليهم، ثم مات في أثناء المدة بطلت الإجارة في الأصح، لأن المنافع بعد موته لغيره، ولا ولاية له عليه، فإن أبقينا الإجارة فحصة المدة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني فإن أتلفها الأول فهي دين في تركته.

ثم قال: وإذا أجر المتولي فموته لا يؤثر لأنه ناظر للكل وقيل يبطل.

فيه أمور:

أحدها: في تصوير القسم الأول، فإن لقائل أن يقول الموقوف عليه إن كان ناظرا أيضاً فهو القسم، الثاني، وإن لم يكن ناظراً لم يصح إيجاره بالكلية، فالجواب أن ذلك يتصور بما إذا لم يجعل الواقف النظر لأحد، وقلنا النظر فيه للموقوف عليه، فكل بطن ينظر لنفسه خاصة ولا ولاية له على غيره، فلذلك بطلت الإجارة للمعنى المذكور.

ويتصور على المذهب أيضاً بما إذا شرط الواقف النظر لذلك أي للموقوف عليه بحيث أن كل مستحق ينظر في حصته.

وقد أوضح ابن الصلاح ذلك في «فتاويه»، فإنه أجاب بما قلناه.

ثم قال: ولتعلم أن إجارة هذا ليس من قبيل إجارة النظار، فإن المراد بالناظر في هذا أن يكون غير الموقوف عليه، وحيث يؤجر الموقوف عليه فلا يؤجر إلا إذا شرط له النظر، لكن نظره لا يلحقه بالناظر الأجنبي، فإن نظره لا يتعدى إلى غيره من أهل الوقف، بخلاف الناظر غير المستحق هذا كلامه وصرح به أيضاً صاحب «الشامل».

فقال: وإذا أجر الناظر في الوقف بالوصية إليه أو الحاكم أو أمين الحكم

مدة فمات البطن الأول لم تنفسخ الإجارة لأن الذي عقدها له النظر على جميع البطون، وإن كان الذي أجرها البطن الأول من أهل الموقف، إذا قلنا يجوز لهم أو كان الواقف جعل لكل بطن أن يؤجر نصيبه، فيجوز ذلك وجهاً واحداً فإذا مات البطن الأول قبل انقضاء مدة الإجارة فهل تبطل في ما بقي من المدة؟ وجهان:

وجه الانفساخ أنه أجر ما لا يستحق منفعته، هذا كلام صاحب «الشامل»، ذكره في آخر كتاب العطايا ويبق النظر في مسألة، وهو أنه لو جعل النظر للأرشد فانتقل بعض الوقف للبطن الثاني والأرشد من الطبقة الأولى، فأجر الأرشد ثم مات فالمتجه عدم الانفساخ لأن ولايته باقية عليهم، وإن لم يكن أجنبي.

الأمر الثاني: إذا أجر الناظر الوقف سنين وأخذ الأجرة، فلا يجوز أن يعطي جميع الأجرة للبطن الأول، وإنما يعطي بقدر ما مضى من الزمان.

فإن دفع أكثر منه فمات الآخذ ضمن الناظر تلك الزيادة للبطن الثاني، هكذا رأيته في «فتاوى القفال» فتفطن له، فإنه أمر مهم وقياسه القول به أيضاً في ما إذا صدرت الإجارة من الموقوف عليه حتى يجوز له التصرف في قدر ما مضى خاصة.

الثالث: أن الضمير في قوله في آخر كلامه فموته عائد إلى البطن الأول لا إلى الناظر.

قوله: ولو أجر الولي الصبي مدة يبلغ فيها بالسن لم يصح في ما زاد على البلوغ ولو أجره مدة لا يبلغ فيها بالسن فاتفق الإحتلام في أثنائها فوجهان:

أظهرها: على ما ذكره الشيخ أبو إسحاق والروياني في «الحلية» أن الإجارة تبقى.

وأصحهما: عند الإمام والمتولي أنها لا تبقى، انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره في المسألة الأولى يؤخذ منه أنه لو غاب الصبي عن وليه مدة يبلغ فيها بالسن ولم يعلم هل بلغ رشيداً أم لا؟ لم يكن لوليه التصرف في ماله، ولإخراج زكاته استصحاباً لحكم الصغير، بل المتصرف في ذلك، إنما مر الحاكم.

نعم، ذكر الجرجاني في «الشافي» أنا إذا قلنا أن إختيار الولي للصغير يكون بعد البلوغ فهل المخاطب بذلك هو الولي أو الحاكم؟ فيه وجهان، والذي حكاه لا بد من جريانه هنا.

الأمر الثاني: أن الرافعي لم يصحح في «الشرح الصغير» أيضاً شيئاً، وصحح في «المحرر» الوجه الأول وهو البقاء وعبر بالأظهر.

ونقل النووي في «الروضة» عن «المحرر» أنه صحح الثاني وهو البطلان.

والذي قاله غلط، فإن المذكور فيه ما قدمته وقد ذكره أيضاً على الصواب في «مختصره» له.

قوله: وإذا أجر عبده ثم أعتقه ففي رجوعه على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق وجهان في رواية بعضهم وقولان في رواية آخرين.

أصحهما: وهو الجديد في رواية من جعلهما قولين بأنه لا يرجع، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن الرافعي قد صحح أن الخلاف وجهان كذا ذكره في «الشرح الصغير».

فقال: فيه وجهان، وقيل: قولان هذا لفظه، ولم يبين ذلك في «المحرر»، بل حكى خلافاً مطلقاً وصحح النووي في «الروضة» من الأصل

أن الخلاف قولان، وبه جزم في «المنهاج» أيضاً فاعلمه.

الأمر الثاني: أن ما ذكره من جعل القول بالرجوع قديما تقليداً لمن حكاه، قد تبعه عليه في «الروضة» وليس كذلك، فإن الشافعي نص عليه في «الأم» في كتاب الصلح المذكور بعد أبواب اللعان.

فقال في الكلام على ما إذا صالح على خدمة عبد سنة ما نصه: ولو كانت المسألة بحالها فأعتقه السيد كان العتق جائزاً، أو كانت الخدمة عليه إلى منتهى السنة يرجع بها على السيد لأن الإجارة بيع من البيوع لا ينقض ما دام المستأجر مسلماً هذا كلامه.

وقد ذكرت لك غير مرة أن الرافعي ـ رحمه الله ـ كان قليل الإطلاع على نصوص الشافعي.

قوله: ولو ظهر بالعبد عيب بعد العتق وفسخ المستأجر الإجارة، فالمنافع للعتيق إن قلنا يرجع بمنافعه على السيد، وإلا فهل هي له أو للسيد؟ فيه وجهان. انتهى.

هذان الوجهان بناهما في «التتمة» على أن الفسخ يرفع العقد من حينه وأصله، فإن قلنا بالأول فهي للسيد، [وإلا فللعتيق، وهو بناء ظاهر وحينئذ فيكون الأصح أنها للسيد][(١)].

وقد نقل الرافعي بعد هذا عنه هذا البناء، وأقره في نظير المسألة، وهو ما إذا أجره، ثم باعه وكذلك ذكره القاضي الحسين وغيره.

إذا علمت ذلك فقد صحح النووي من «زوائده» أنها للعتيق، ولم ينقله عن أحد وهو مخالف للمنقول والمعقول فيكون مردودا.

وقد حكى المتولي أيضاً هذا الخلاف في ما إذا أوصى بمنفعة العبد لزيد وبرقيته لآخر، فرد زيد الوصية، وفيه نظر والمتجه هنا رجوعها للورثة.

---

(١) سقط من أ.

ومن نظائر المسـألة ما إذا أجـر داره ثم وقفـها أو وهبـها، ثم فسـخت الإجارة، ولم أقف الآن فيها على نقل.

قوله: ولو أجر أم ولده ومات في المدة عتقن وفي بطلان الإجارة الغلاف المذكور في ما إذا أجر البطن الأول الواقف ومات، انتهى.

وحاصله تصـحيح بطلان إجارتهـا، لأنه الأصح في إيجار البطن الأول كما سبق.

إذا علمت ذلك فقد جزم في أوائل كتاب الوقف بعدم البطلان وستعرف لفظه هناك، وتبعه في «الروضة» على الموضعين.

قوله: وكـتابة العبـد المكري جائزة عند ابن القطان، وغيـر جائزة عن ابن كج، انتهى.

والصحيح المنع فقد رأيته منصوصاً عليه للشافعي في «البويطي» و«الأم» وهو المجـزوم به في هذا الكتـاب وفي «الروضـة» في كـتـاب الكتـابة ولم يستحضر النووي هنا ما هو مذكور هناك فقال من «زياداته»: البطلان أقوى، وقد حكى الرافـعي في كتابة الـعبد الموصي بمنفـعته وجـهين، وصحح المنع أيضاً.

وتبعه عليه في «الروضة» ذكر ذلك في باب الوصية.

قوله : في أصل «الروضة»: إذا باع العين المستأجرة فله حالان:

الأول: البيع للمستأجر وهو صحيح قطعاً. انتهى.

ليس كما قال من دعوى القطع ولذلك لم يذكره الرافعي أيضاً، فقد عبر الغزالي في «الوسـيط» بقوله: والظاهر الصحـة، وهذا يشعر إشـعاراً ظاهراً بجريان الخلاف، وصرح به محمد بن يحـيى تلميذ الغزالي في كتابه المسمى «المحيط في شرح الوسيط»، ورأيته أيضاً مصرحاً به في «شرح المفتاح» لأبي الخير سلامة بن إسماعيل بن جماعة المقدسي.

فقال: فـرع: قد ذكرنا أنه إذا باع الشيء المؤاجر هل يـصح بيعه أم لا؟

على قولين فإذا ثبت هذا، فإن باعه من المستأجر فهل يصح ذلك أم لا؟ على القولين . هذا لفظه.

وعلل وجه الانفساخ بأن الملك قد صار له، وهذا التصنيف في نحو حجم «الوجيز» وأكبر منه بيسير، ومنه نسخة موقوفة بالمدرسة الظاهرية بالقاهرة .

وأبو الخير المذكور قد نقل عنه ابن أبي الدم الحموي في «شرح الوسيط» في كتاب العدد وفي غيره، وقال: إنه رجل مجهول وليس كما قال، بل هو معروف، توفي سنة ثمانين وأربع مائة، نقله المفشراني عن الحافظ المنذري ذكره الكنجي في «تاريخ بيت المقدس» في ترجمة الفقيه سلطان المقدسي، رأيته أيضاً مذكور في خطبة كتاب «البيان» الذي ألفه الفقيه سلطان المذكور في التقاء الختانين فقال: كان عديم النظير في زمنه لما كان مخصوصاً به من حضور القلب وصفاء الذهن وجودة الحفظ هذا لفظه.

قوله: في «الروضة»: ويتخرج على الخلاف في أن الإجارة والملك هل يجتمعان؟ مسائل :

إحداها: أوصى لزيد برقبة دار ، ولعمرو بمنفعتها ، وأجرها لعمرو، ففي صحة الإجارة الوجهان. انتهى.

وتعبيره بقوله لعمرو رأيته بخطه كما هو أيضاً في النسخ، وصوابه لزيد، كما ذكره الرافعي.

قوله: وإذا باعها من غير المستأجر فقولان أصحهما الصحة إلى أخره.

يستثنى من جريان الخلاف مسائل منها إذا هرب الجمال وترك الجمال المستأجرة، فإنه يباع منها بقدر الحاجة لينفق عليها من ثمنه.

قال الرافعي: ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجر لأنه محل ضرورة.

ومنها إذا كان البيع في ضمن عتق، كما لو قال اعتق عبدك عني على

كراء فأعتقه عنه وهو مستأجر فإنه يصح قطعا لقوة العتق، كذا نقله الرافعي في أواخر العتق من «فتاوى القفال» وارتضاه.

قوله في المسألة: قال ـ يعني صاحب «التتمة»: ولو تقايلا الإجارة، فإن قلنا: الإقالة بيع فمنفعة بقية المدة للبائع، وإن قلنا: فسخ، فكذلك على الصحيح لأنها ترفع العقد من حينها بلا محالة. انتهى كلامه.

وما نقله عن صاحب «التتمة» من نفي الخلاف في الإقالة، وأقره عليه، ذكره كذلك في «التتمة» وعبر بقوله: بلا خلاف، وعبر عنه في «الروضة» بقوله: قطعاً، وليس كما قال من نفي الخلاف، بل فيها خلاف مشهور ذكره الرافعي في أوائل حكم المبيع قبل القبض.

قال رحمه الله:
وكما افتتحنا كتاب الإجارة بمقدمات فإنا نختمه بمؤخرات

قوله: الأولى لو قال: ألزمت ذمتك نسج ثوب صفته كذا على أن تنسجه بنفسك، لم يصح لأن في هذا التعيين غررا، لأنه ربما يموت ولهذا لم يجز تعيين ما يؤدي منه المسلم فيه. انتهى.

وما جزم به ههنا من عدم الصحة قد سبق منه في كتاب الحج ، في الكلام على الاستئجار له ما يقتضي أن المشهور خلافه، وتقدم ذكر لفظه هناك فراجعه.

قوله: وفي إجارته من المؤجر ـ أي قبل قبضه ـ وجهان، كما في البيع من البائع. انتهى كلامه.

والمفهوم منه رجحان البطلان؛ لأنه الراجح في البيع، وسيأتي أيضاً التصريح به، ووافقه النووي هناك عليه، لكن خالفه هنا فذكر من «زياداته» أن الأصح صحته.

قوله: ولو أجر الدار المشحونة، وكان تفريغها يستدعي مدة ففيها جوابان:

أحدهما: أنه إن أمكن التفريغ في مدة ليس لمثلها أجرة صح العقد وإلا فلا.

والثاني: أنه إن كان يذهب في التفريغ جميع مدة الإجارة لم يصح، وإن كان يبقى منها شيء صح ولزم قسطه، وخَرَّجُوا على الجوابين ما إذا استأجر داراً ببلد آخر، فإنه لا يتأتى التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين، وما إذا باع جمرا وزنا وكان ينماع بعضه إلى أن يوزن. انتهى ملخصًا.

قال في «الروضة»: الصحيح من الجوابين هو الأول.

قال: والأصح عندي فيما إذا استأجر دارًا ببلد آخر الصحة، وفي الجمد المنع لإمكان بيعه جزافًا. انتهى.

وههنا أمران:

أحدهـما: أن الرافعي قد ذكر المسـألة الأولى في الباب الأول، وصحح الجواز، وقـد تقدم لفظه هناك، وذكـر النووي في «المسائل المنثـورة» نحوه، فقـال: قال الشافـعي والأصحـاب لا تصح إيجارة الأرض المشغـولة بالبناء للزراعة لعلتين:

أحدهما: أنها مستورة .

والثانـية: أنه لا يمكن تسليمها في الحال، وذكـر أيضاً في «فتاويه» قريبًا من ذلك، فقال: إذا استـأجر أرضًا بنى المؤجر في بعضها. فـقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: إن كـان يمكن نقل الجدران في زمان قريب ليس لمثله أجرة صح استئـجار العرصة وموضع الجدران إذا كـان رآها قبل العقد، وإن لم يمكن نقلها في زمن قريب وأمكن ابـتياع الجدران أو بيع مغارسـها، فقد أمكن الانتفـاع بها عقب الإجـارة فتصـح، وإن لم يكن ذلك ففيـه قولان: تفريق الصفقة.

الأمر الثاني: أن الماوردي قد قال في «الحاوي»: إن اليوم الواحد هو أول مدة يصح استئجار الدار فيـها للسكنى وقال: وما دون ذلك تافه لم يجر به عرف فلم يصح به عقد، وقد استفدنا مما قاله ضابط المدة التي لمثلها أجرة.

قوله في الاستئجار لـلخدمة: وعن أبي سهل الصعلوكي أن علف الدابة وحلب الحلوبة وخدمة الزوجة لا تلزمه إلا بالتنصيص عليه ويجوز أن يرجع فيه إلى العادة ، وقال النهروي: تدخل. انتهى.

قد اختلفت النسخ، فـفي بعضها أبو سهل كما هو ههـنا، وفي بعضها نسبته إلى سهل، وهو ولد المذكور، وكلاهما صاحب وجه.

قوله: وذكر بعض من شرح «المفتاح» أنه ليس له إخراجه من البلدة إلا إن شرط عليه مسافة معلومة من كل جانب، وأن عليه المكث عنده إلى صلاة العشاء. انتهى كلامه.

زاد النووي فقال: المختار في هذا كله الرجوع إلي عادة الخادم في ذلك البلد، وذلك الوقت. انتهى.

والعجب من الرافعي والنووي كيف نقلا هذه المسألة عن هذا الشارح المجهول حتى خالف النووي لأجل ذلك، واختار الرجوع إلى العرف مع أن المسألة قد نص عليها الشافعي ـ رحمه الله ـ في «الأم» في كتاب الصلح، وهذا الباب بعد أبواب اللعان، فقال في الكلام على ما إذا صالح على خدمة عبد ما نصه: قال ـ يعني الشافعي : ولصاحب الخدمة أن يخدمه غيره ويؤاجره غيره في مثل عمله، وليس له أن يخرجه من المصر إلا بإذن سيده. هذا لفظه بحروفه، ومنه نقلته : وصرح أيضاً القاضي الحسين بذلك فقال: إلا أن يشترط له مسافة معلومة من كل جانب من فرسخ إلى خمسة عشر، وصرح أيضاً بأنه عليه الإقامة إلى صلاة العشاء.

قوله: في المؤخرة الثانية نقلا عن الزيادات للعبادي: وأنه إذا إستأجر جملاً ليحمل وقرا إلى داره، وهي ضيقة الباب، هل عليه إدخاله الباب؟ فيه قولان للعرف. انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» وهو يقتضي الجزم بصحة الاستئجار، وأن القولين في الإدخال وعدمه، وليس كذلك، بل الثاني فساد العقد إن لم يحصل شرط الدخول، فإن العبادي قد عبر بقوله: فيه قولان:

أحدهما: يجب للعرف.

والثاني: أنه يفسد إلا أن يشترط هذا والجمال يدخله، ولا يكلف أن يرفعه إلى السطح .هذا لفظه كذا نقلته من نسخة هي بخط الفخر بن عساكر

ومقابلته ووجه الإفساد يعارض العرف واللفظ، وتقييد المسألة بالباب الضيق لا فائدة له عند قائل: التعليل فتأمله، وما اقتضاه كلام الرافعي هنا قد تبعه عليه ابن الرفعة على وجه هو أشد في الغلط وأصرح، وقد نبهت عليه في «الهداية إلى أوهام الكفاية» فراجعه.

واعلم أن الوقر . بكسر الواو هو الحمل، يقال: جاء فلان يحمل وقره، قاله الجوهري.

قوله: ولو أراد المستأجر أن يستبدل عن المنفعة شيئًا آخر يقبضه لم يجز إن كانت الإجارة في الذمة، وإن كانت إجارة عين، قال صاحب «التهذيب»: هو كما لو أجر العين المستأجرة من المؤجر وفيه وجهان، الأصح جواز إن جرى ذلك بعد القبض. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما جزم به من منع الاستبدال عن المنفعة في إجارة الذمة، وإن كان بعد القبض قد جزم بخلافه في الباب الذي قبله في النوع الثالث المعقود لإجارة الدواب في أثناء كلامه ـ أوله: قال: ولو تلفت الدابة، فقال فيه ما نصه: وإن أراد المكتري أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة إن كان قبل أن يتسلم دابة، لم يجز لأنه اعتياض عن المسلم فيه، وإن كان بعد التسليم جاز ؛ لأن الاعتياض والحالة هذه واقع عن حق في عين هكذا ذكره الأئمة. انتهى لفظه، وهو اختلاف غريب ووقع الموضعان كذلك في «الروضة»، ولم يتعرض للمسألة في «الشرح الصغير» ولا في «المحرر».

الأمر الثاني: أن اشتراط قبض العين في جواز إجارة العين للمستأجر من المؤجر قد تابعه عليه النووي أيضاً لكنه قد تقدم من كلامه ـ أعني النووي ـ قبل ذلك بنحو ورقتين أن الأصح جوازه، وتقدم التنبيه عليه.

قوله: ولو دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره بأجرة، ثم استرجعه فقال: لم

أقصره بعد فلا أرده، فقال صاحب الثوب: لا أريد أن تقصره واردده إلي، فلم يرد وتلف الثوب عنده لزمه ضمانه، وإن قصره ورده فلا أجرة له، وعلى هذا قياس الغزل عند النساج ونظائره. انتهى كلامه.

هذه المسألة التي ذكرها ـ رحمه الله ـ صورتها أن لا يقع عقد صحيح، فأما إذا وقع فلا ضمان إن تلف، ويستحق الأجرة إن قصره.

قوله: وأن الأكار لو تعمد ترك السقي إلى آخره.

الأكار: بهمزة مفتوحة وكاف مشددة وراء مهملة هو العامل في المساقاة، يجمع على أكرة بفتح الهمزة والكاف على وزن البررة، وهو على خلاف القياس.

قوله في المؤخرة الثالثة: عن «المنثور» المزني أنه لو استأجره لخياطة ثوب، فخاط بعضه واحترق الثوب استحق الأجرة لما عمل وأنه لو استأجره لحمل جب إلى مكان معلوم فزلقت رجله في الطريق وانكسر الجب لا يستحق شيئًا من الأجرة، وفرق بيهما بأن الخياطة تظهر على الثوب فوقع العمل مسلمًا بظهور أثره، والحمل لا يظهر أثره على الجب. انتهى كلامه.

وما ذكره من استحقاق الأجرة للمقدار الذي عمله، محله إذا كان العمل في ملك المستأجر أو بحضرته؛ لأنه إذا كان كذلك كان مسلمًا له، فيكون كتلف المبيع بعد القبض بخلاف ما إذا لم يكن في ملكه ولا بحضرته فإن لم يقع مسلماً له فيكون كالمبيع قبل القبض، وقد ذكره الرافعي كذلك قبل هذا، ثم إنه لا يختص بالخياطة، بل كل ما يلحق بالأعيان كالقصارة فحكمه كذلك، فأما سياسة الدواب ونحوها من الآثار كحمل الشيء فلا يستقر.

قوله: ولو أجر أرضًا إجارة صحيحة ثم غرقت بسيل أو بماء نبع فيها، نظر إن لم يتوقع انحساره في مدة الإجارة، فهو كما لو انهدمت الدار. انتهى.

وما ذكره من كونه تعيباً تابعه عليه في «الروضة» وتقدم خلافه في باب حكم المبيع قبل القبض فراجعه.

قوله: تعطل الرحى لانقطاع الماء والحمام لخلل في الأبنية، أو لنقص الماء في بئر ونحوه كانهدام الدار، وكذا لو استأجر قناة فانقطع ماؤها، فلو نقص ثبت الخيار. انتهى.

تابعه في «الروضة» على أن تعطيل الحمام والقناة لانقطاع الماء بمثابة انهدام الدار والأصح في الانهدام الفسخ لا ثبوت الخيار، إذا علمت ذلك، فقد ذكر الرافعي عند الكلام على الانهدام، أن الأصح انقطاع ماء الأرض التي استأجرها للزراعة لا يوجب الفسخ، بل الخيار، وفرقوا بأن اسم الأرض باق بخلاف الدار، وبأن سوق الماء ممكن، وهذان الفرقان جاريان بعينهما هاهنا، وحينئذ فنظير ما قالوه هناك التخيير، فإن هذا مثال آخر للمسألة لا مسألة أخرى، ووقع الموضعان في «الروضة» أيضاً كذلك.

قوله: فرع: بيع الحديقة التي ساقى عليها في المدة يشبه العين المستأجرة، ولم أر له ذكراً، نعم في فتاوى صاحب «التهذيب» أن المالك إن باعها قبل خروج الثمرة لم يصح، لأن للعامل حقًا في ثمارها، فكأنه استثنى بعض الثمرة، وإن كان بعد خروج الثمرة يصح البيع في الأشجار ونصيب المالك من الثمار، ولا حاجة إلى شرط القطع، لأنها بيعة مع الأصول وتكون للعامل مع المشتري، كما كان مع البائع وإن باع نصيبه من الثمرة وحدها لم يصح للحاجة إلى شرط القطع وتعذره في الشائع. انتهى كلامه.

زاد في «الروضة» على هذا فقال: هذا الذي قاله البغوي حسن. انتهى.

فأما ما قاله الرافعي من كونه لم يره، وتابعه عليه أيضاً في «الروضة» فقد صرح بها البويطي في «مختصره» في كتاب المساقاة وجزم بجواز بيع الأشجار مطلقاً.

فقال ما نصه: وإذا أفلس رب الحائط بيع الحائط وكان المساقي على معاملته والمشتري بالخيار إن لم يعلم بالمساقاة، فإن قيل: وكيف يجوز لرجل أن يشتري الأصل وللساقي فيه حق إلى أجل؟ قيل لسنة رسول الله ﷺ أجاز بيع النخل وبه ثمرة قد أبرت. انتهى لفظه بحروفه.

وهذه المسألة من كلام البويطي كما هو مصرح به في «مختصره» وأما ما قاله البغوي واستحسنه النووي فمردود، فإن الرافعي قد جزم في الباب الثاني من أبواب «الوصية» بأن بيع الشاة الموصى بسلخها صحيح، وادعى أنه لا خلاف فيه وهو نظير ما نحن فيه، فإن المعنى الذي استندوا إليه موجود بعينه في الوصية ومع ذلك لم يلتفتوا إليه.

قوله من «زيادته» نقلا عن «فتاوى الغزالي»: الخامسة إذا جعل غلة في المسجد وأغلقه لزمه أجرته ؛لأنه كما يضمن المسجد بالإتلاف يضمن منفعته، ثم قال ـ أعني النووي ـ وتقييده بما إذا أغلقه لا حاجة له، بل لو لم يغلقه ينبغي أن تجب الأجرة للعلة المذكورة. انتهى كلامه.

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من أن التقييد بالغلق لا حاجة له، ومن رجحان الوجوب بحثاً عند عدم الغلق غريب وذهول عجيب، فإن الغزالي إنما قيده بذلك لأجل إيجاب أجرة الجميع حتى إذا لم يغلقه لا تلزمه إلا أجرة الموضع المشغول، وقد صر به الغزالي في «فتاويه» هكذا، فقال: الجواب: تلزمه أجرة الجميع مهما طرح فيه العلة وأغلقه كما لو طرح في بيت من جملة دار، وفي الدهليز وأغلق الباب يلزمه أجرة الجميع. هذا لفظ الغزالي بحروفه، والعجب أن النووي في هذه الزيادة قد أوجب أجرته بكماله.

فقال: لزمه أجرته ـ أي المسجد ولم يقل: أجرة البقعة المشغولة فصار التقييد بالإغلاق ضروريا حتى لو لم يذكره الغزالي لكان يجب إيراده عليه، أو أعجب من ذلك أن النووي قد ذكر أيضاً المسألة من «زوائده» في آخر

باب الغصب، بهذا التفصيل ناقلاً لها عن الفتاوى المذكورة هناك فراجعه.

واعلم أن كلام الغزالي في هذه المسألة يحتاج إلى البحث عنه من وجوه قد تعرض لجميعها صاحب «التتمة» فقال في الباب الأول من كتاب الغصب في الفصل الرابع منه: الرابع إذا انتفع بمسجد، إما بأن اتخذه مسكنًا أو مخزناً يحفظ فيه متاعه ضمن أجرة المثل، وتكون لمصالح المسلمين، كما لو أتلف مالاً من بيت المال فأما إن أغلق باب المسجد ومنع الناس من الصلاة فيه لا يضمن؛ لأن المسجد لا تثبت عليه اليد ويخالف ما لو حبس حرًا، لأن منفعة الحر تستحق بالإجارة، ومنفعة المسجد لا تستحق بالإجارة، وعلى هذا فلو انتفع بشارع من شوارع المسلمين فسكنه أو حفظ فيه متاعه، ومنع الناس من الممر فيه ضمن المنافع، فأما إذا نصب على الشارع بابا وأغلقه ولم ينتفع بالبقعة، لا يضمن لأن الشارع حق لجميع المسلمين كالمسجد سواء ويخالف الأرض الموقوفة على مصالح المسلمين إذا استولى عليها ظالم يضمن أجرة مثلها ؛لأنها لم تتعين لنوع منفعة، بل يجوز الانتفاع بها كما يجوز الانتفاع بالأراضي المملوكة، وأما الشارع فقد تعين وجه الانتفاع به كالمسجد سواء، وعلى هذا الأرض الموقوفة على دفن الموتى فيها وأراضي عرفات إن استولى عليها ظالم وانتفع بها ضَمِن، وإن لم ينتفع لم يضمن كالمسجد. هذا كلام صاحب «التتمة»، وقد ظهر لك منه أشياء منها مستحق الأجرة، ومنها أنه لا فرق في الوجوب بين أن يغلقه أو لا، ومنها أنه وإن ضمن هذه المنفعة بالتفويت لا يضمنها بالفوات، ويؤيده أن المسجد حر كما قالوه في الوقف وحبس الحر لا يقتضي أجرة.

واعلم أن القاضي الحسين في كتاب إحياء الموات قبيل باب إقطاع المعادن، قد حكى وجهين في وجوب الأجرة على من أشغل المسجد بوضع الأمتعة، وعلل عدم الوجوب بأنه لا يجوز إجارته، فلا قيمة لتلك البقعة، وقد تقدم عن «التتمة» نحوه.

قوله أيضاً من «زياداته»: السادسة استأجر بهيمة إلى بلد لحمل متاع ثم أراد في أثناء الطريق بيعه، والرجوع وطلب رد بعض الأجرة، فليس له شيء، لأن الإجارة عقد لازم، بل إن باعه فله حمل مثله إلى المقصد المسمى. انتهى كلامه.

وقد تقدم في الباب الأول في الكلام علي العجز الشرعي، أنه ذكر ما يخالف هذا فراجعه.

كتاب الجعالة

قوله: بل لو قال غير المالك: من رد عبد فـلان فله كذا استحقه الراد عليه لأنه التزمه. انتهى كلامه.

وما ذكره من الاستـحقاق استشكله ابن الرفعـة؛ لأنه لا يجوز لأحد وضع اليد على الآبق بهذا القـول فكيف تستحق الأجرة؟ وقـد يجاب بأن صورة ذلك عند إذن المالك لمن شاء في الرد، وحينئذ فيخص إطلاق الرافعي وغيره.

قوله: ولو كان العامل معينًا فلا يشترط قبوله أيضاً على المشهور، ويكفي الإتيـان بالعـمل، وقـال الإمام: لا يمـتنع أن يكون كـما لو قـيل في اشـتـراط القبول. انتهى كلامه.

وما نقلـه عن الإمام هنا واقتـصر عليـه تبعـه عليه في «الروضـة» أيضاً والخـلاف [فيـه][1] ثابت للأصحـاب، نقله عنهم الإمام في باب المسـابقة فاعلمه، ونقله أيضاً الرافعي عنه هناك فـقال بعد حكاية وجهين في إشتراط القبول في المسـابقة إذا جعلناها جعـالة ما نصه و ذكر الإمـام أن الأصحاب أجروا هذا الخلاف في الجعـالة المتعلقة بمعين وهي أن يقول لمعين: إن رددت عبدي فلك كذا. هذا لفظ الرافـعي، وعبارة «الروضة» في هذا الباب: وإن كان معيناً لم يشترط قبوله، كـذا قاله الأصحاب ثم ذكر المنقول وعبارته هنا مع ما في المسابقة في غاية التباين.

قـوله من «زوائده»: فـمن ذلك أنه لو قـال: من أخـبـرني بكذا فله كـذا [فأخبر به إنسان][2] فلا شيء له لانه لا يحتاج فيه إلى عمل صرح به البغوي وغيره. انتهى.

وهذ المسألة قد ذكرها الرافعي في آخر الباب فقال: إن أخبرتني بخروج

(١) في جـ : عنه .

(٢) في جـ : فأخبره إنسان .

زيد من البلد فلك كذا، فأخبره، ففي «فتاوى» القفال أنه إن كان له غرض في خروجه استحق وإلا فلا، وهذا يقتضي كونه صادقاً، وينبغي أن ينظر هل يناله تعب أم لا. انتهى كلامه.

وهذا الذي ذكره الرافعي هناك بحثاً قد صرح بنقله في «الروضة» هنا وعلم [منه][1] أيضاً أن ما أفهمه كلام النووي من الاستحقاق عند التعب قد صرحوا به وأن شرطه الصدق.

قوله: ويشترط عند التعيين أهلية العمل في العامل. انتهى.

كأنه يشير بذلك إلى اشتراط البلوغ والتمييز عند التعيين، حتى إذا لم يعين فرده صبي ونحوه استحق المسمى، وقد صرح به صاحب «التعجيز» في شرحه له، ورأيته في تعليق قديم في الفقه [وكأنه][2] بخط المصنف، وهو متأخر عن ابن الصباغ فإنه ينقل عنه، وشرط في «الوسيط» الأهلية مطلقًا، ولم يقيده [بحال][3] التعيين، وصرح به الماوردي في كتاب السير من «الحاوي».

قوله: يجب أن يكون الجعل المشروط معلومًا، إلى آخره.

اعلم أنه قد ذكر في كتاب الحج أنه لو قال لغيره حج عني بنفقتك جاز فعلى ما قاله تستثنى هذه المسألة، لكن قد سبق أن الصواب خلافه فراجعه.

قوله: ولو قال: من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه، قال في «التتمة». إن كانت معلومة أو وصفها بما يفيد العلم فللراد المشروط وإلا فله أجرة المثل. انتهى كلامه.

وما نقله عن المتولي في ما إذا لم تكن معلومة ولكن وصفها، قد أقره عليه في «الروضة» أيضاً وهو خلاف الصحيح فاعلمه، فقد تقرر في البيع والإجارة وغيرهما أن الشيء المعلوم لا يقوم وصفه مقام رؤيته على الصحيح

---

(١) في أ، ب: عنه.
(٢) في أ، ب: كان.
(٣) في جـ: بحالة.

والمسألة هنا قد صورها بعين وهي سلبه وثيابه لا بشيء وارد على الذمة، وحينئذ فيستحق هنا أجرة المثل.

قوله: ولو قال: فله نصفه أو ربعه، فالجواب في «التتمة» الصحة، وفي «أمالي» السرخسي المنع وهو قريب من استئجار المرضعة بجزء من الرقيق المرضع بعد الفطام. انتهى كلامه.

وهذه الصورة ليست كاستئجار المرضعة بالجزء فإن الأجرة إذا كانت معينة ملكت بالعقد وإذا جعلت جزءا من الرضيع بعد الفطام لزم إما عدم الملك في الحال، أو حصوله مؤجلا والأول خلاف وضع العقد لما قلنا:ه، وأما الثاني فكذلك أيضاً لأن الأعيان المعينة لا تقبل التأجيل، وهنا الملك إنما يحصل بعد تمام العمل.

قال ابن الرفعة بعد ذكره لهذا الإشكال: ولا وجه إلا لصحة هذا العقد إن كان موضع العبد معروفًا والعبد مرنًا وإلا فيظهر أنه موضع الخلاف، ويكون مأخذه أن الاعتبار في هذا العقد بحاله أو بحالة الرد، كما ذكرنا في ما إذا تغير النقد.

قوله: فلكل واحد من المالك والعامل فسخه قبل تمام العمل، ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للعامل، وإن كان بعده فإن فسخ العامل لم يستحق شيئًا لما عمله لأنه امتنع باختياره، وإن فسخ المالك فوجهان:

أحدهما: لا شيء له أيضاً وأصحهما: أنه يستحق أجرة المثل لما عمل.

وذكر الإمام فيما إذا فسخ المالك بعد الشروع في العمل والعامل معين أنه لا يبعد تخريجه على [الخلاف][1] في عزل الوكيل في غيبته، وهذا بعيد عن كلام الأصحاب، ورد المتولي هذ التشبيه إلى شيء آخر وهو أن ما يعمله العامل بعد الفسخ لا يستحق عنه شيئًا إن كان عالماً بالفسخ، فإن لم يعلمه

(١) في جـ: خلاف.

بنى على ذلك الخلاف. انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن الرافعي في أواخر باب المسابقة قال: إذا فرعنا على أنها جعالة فينفذ فسخها من المفضول في أصح الوجهين، ثم قال: وأجرى هذا الخلاف في فسخ الجاعل بعدما أتى العامل ببعض العمل، وكانت حصة عمله من المسمى تزيد على أجرة المثل. هذه عبارته، وحاصلها حكاية خلاف في بعض ما اقتضى كلامه الجزم به ههنا.

الأمر الثاني: أن ما ذكره من كون العامل إذا فسخ بعد الشروع في العمل لا شيء له ليس على إطلاقه، بل يستثنى منه ما إذا زاد الجاعل في العمل ولم يرض العامل بها ففسخ لأجل ذلك فإنه يستحق أجرة المثل، كذا ذكره الرافعي في أواخر [كتاب](1) السبق والرمي لأن الجاعل هو الذي تسبب في ذلك.

قلت: وقياسه كذلك أيضاً إذا [أنقص](2) في الجعل.

الأمر الثالث: في بيان المغايرة بين المقالتين اللتين أشار إليهما الرافعي، وذلك أن الإمام جعل الخلاف في الفسخ حتى يستحق المسمى على قولنا لا ينفسخ، وأما المتولي فإن الخلاف الذي حكاه إنما هو في استحقاق أجرة المثل، [فإنه صرح بأن الفسخ جائز بلا خلاف، وجزم باستحقاق أجرة المثل](3) لما عمله قبل الفسخ.

الأمر الرابع: أن ما قاله الإمام في المعين بحثاً من كونه لا ينفسخ على وجه، وادعى الرافعي بعده عن كلامهم، قد جزم به الماوردي في «الحاوي».

الأمر الخامس: أن الإمام لم يخص هذه الاحتمالات بما بعد الشروع كما

---

(١) سقط من أ، ب.
(٢) في جـ: نقص.
(٣) سقط من جـ.

نقله عنه الرافعي، بل عمم فإنه تكلم أولاً على الصورتين، ثم قال بعد تقديمه لهما ما نصه: ولو جرى فسخ الجاعل من حيث لم يشعر العامل. . إلى آخر ما ذكر.

الأمر السادس: أن النووي قد حذف هذه الطريقة التي ذهب إليها الإمام، وكأنه أشكل عليه الفرق بين المقالتين، وقد التبس الأمر على ابن الرفعة في «الكفاية» فاعلمه، وراجع كتابنا المسمى «بالهداية».

قوله: وتجوز الزيادة والنقصان قبل تمام العمل، فإن وقع قبل الشروع ولم يعلم العامل بالثاني، فقال في «الوسيط»: احتمل أن يقال: يرجع إلى أجرة المثل، [وإن وقع في أثنائه فالظاهر تأثيره في الرجوع إلى أجرة المثل](1) لأن [النداء](2) الأخير فسخ للأول والفسخ في أثناء المدة يقتضي أجرة المثل. انتهى كلامه.

وما ذكره الرافعي من أن الثاني فسخ للأول يقتضي عدم الموافقة على ما نقله عن «الوسيط»؛ لأن الرافعي قد ذكر قبل هذا أنه إذا عمل غير عالم بالفسخ لا يستحق شيئاً على الصحيح والنداء الثاني لم يسمعه فتفطن له، ويقتضي أيضاً أن أجرة المثل الواجبة للفسخ بعد الشروع هي على ما مضى خاصة، ولا يستحق للمستقبل شيئًا، وكأن الرافعي إنما تركه لتقدم ما يدل عليه.

قوله: ولو رده فمات في الطريق أو هرب أو غصب فلا شيء للعامل.

قال في «الروضة»: ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق أو بنى بعض الحائط فانهدم قاله أصحابنا. انتهى.

وما نقله ههنا من عدم الاستحقاق في الاحتراق والانهدام قد ذكر بعده

---

(1) سقط من جـ .

(2) في جـ : البذل .

متصلاً به ما يخالفه فقال: لو قال: إن علمت هذا الصبي القرآن فلك كذا، فمات في أثناء التعليم استحق أجرة ما عمله لوقوعه مسلمًا بالتعليم بخلاف رد الآبق. انتهى.

والموت هنا نظير الاحتراق والانهدام، وقد صرحوا في الإجارة بأنه إذا خاط بعض الثوب مثلاً ثم احترق، وكان العمل بحضرة المالك أو في ملكه استحق الأجرة لما عمل، وعللوه بوقوع العمل مسلماً له، وحينئذ فيأتي ذلك بعينه هنا.

قوله: فرع: لو قال: من رد عبدي إلى شهر فله كذا، فعن القاضي أبي الطيب أنه لا يجوز لأن تقدير المدة يحصل بمقصود ا لعقد فإنه ربما لا يظفر به في تلك المدة فيضيع [سعيه][1] . انتهى كلامه.

وهذه المسألة ذكر ابن الرفعة أن القاضي أبا الطيب ذكرها في «المجرد»، وتبعه عليها المتولي، وأن القاضي صورها بما إذا [قيد][2] بالمكان أيضاً، فقال: من رد عبدي من البصرة في الشهر، ولا يلزم من المنع عند التقييد بأمرين المقتضى لشدة التضييق أن يمتنع عند وجود أحدهما.

قوله: فرع [آخر][3]: إذا قال بع عبدي هذا، أو اعمل كذا ولك عشرة دراهم، ففي بعض التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدراً فهو إجارة، وإن احتاج إلى ترددات غير مضبوطة فهو جعالة. انتهى كلامه.

واقتصاره على نقل هذا عن بعض التصانيف الغير معروفة، تبعه عليه في «الروضة» وهو يشعر بعدم وقوفه على ذلك في شيء من الكتب المشهورة، وهو غريب جدًا، فإن المسألة قد ذكرها الإمام في «النهاية»، وحكم فيها بهذا الحكم بعينه، ذكر ذلك في آخر باب الإجارة.

---

(١) في جـ : تعبه .
(٢) في جـ : قدر .
(٣) سقط من أ ، ب .

قوله أيضاً : فرع آخر لم أجده مسطوراً: يد العامل على ما تحصل في يده إلى أن يرده يد أمانة ولو رفع يده عن الدابة وخلاها في مضيعة فهو تقصير مضمن، ونفقة العبد والدابة مدة الرد يجوز أن تكون كما ذكرنا في مستأجر الجمال إذا هرب الجمال وخلاها عنده، ويجوز أن يقال ذلك للضرورة وهنا أثبت للعامل يده مختاراً فليتكلف المؤنة، ويؤيد هذا بالعادة. انتهى كلامه.

وقد صرح الماوري بنفقة المردود، وقال: إن الراد يكون متطوعًا بها، وذكر أيضاً [القاضي] (١) الروياني نحوه فقال: إذا لم يكن رده إلا ببيع بعضه والإنفاق عليه لم يكن له بيعه، والذي قاله مانع لإلحاقه بما إذا هرب الجمال، لأن بيع جزء منها جائز عند تعذر النفقة إلا بذلك، وقد صرح أيضاً بالمسألة القاضي ابن كج في كتابه «التجريد»، فقال: إذا أنفق عليه الراد فهو متبرع عنه عندنا، هكذا نقله عنه في «الروضة»، ثم قال: وهو ظاهر جار على القواعد، وعجب قول الرافعي أنه لم يره مع أنه كثير النقل عن هذا الكتاب.

قال: وقول الرافعي وخلا في مضيعة لا حاجة إليه، بل حيث خلاها ضمن.

قوله من «زوائده» :ذكر القاضي الحسين وغيره، وهو لا خلاف فيه، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها فمرض أحدهما لزم الآخر المقام معه، إلا أن يخاف على نفسه، فله تركه، وإذا أقام فلا أجرة له، انتهى كلامه.

وما اقتضاه كلامه من نفي الخلاف في الأجرة، ليس كذلك، فقد ذكر في أخر باب الأطعمة في الكلام على المضطر خلافاً في ما هو أقل من هذا زمناً وأقل عملاً وهو التخليص من ماء أو نار، أو نحوهما وسوف أذكر لفظه في موضعه ـ إن شاء الله تعالى ـ فراجعه.

---

(١) زيادة من جـ .

كتاب: إحياء الموات

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول في «رفات الأرض»

قوله: وعن سمرة أنه ﷺ قال: «عادى الأرض لله ورسوله، ثم لكم مني»[(١)]، انتهى.

العادي: بالعين المهملة والياء المشددة نسبة إلى عاد، والمراد الآبار الجاهلية مطلقاً، والحديث رواه البيهقي موقوفاً على ابن عباس، ومرفوعاً من رواية طاووس فيكون مرسلاً.

قوله: فأما الموتان بضم الميم وسكون الواو فهو الموت الذريع، انتهى.

الذريع بالذال المعجمة هو السريع، يقال: قتلوهم أذرع قتل أي أسرعه.

قوله: في الحديث: «وما أكله العوافي منها فهو له صدقة»[(٢)].

اعلم أن العافية والعافي بالعين المهملة والفاء، هو طالب رزق من إنسان أو بهيمة أو طير، وجمعه العوافي، وقد تقع العافية على الجماعة.

قوله: فلو أحياها الذمي لم يملك سواء كان بغير إذن الإمام أم لم يكن، فلو كان له فيها عين مال نقلها، فإن بقي بعد النقل أثر عمارة، قال ابن كج: إن أحياه رجل بإذن الإمام ملكه، وإن لم يأذن فوجهان، انتهى.

قال في «الروضة» لعل أصحهما الملك لأنه لا أثر لفعل الذمي.

قوله: فإن استولينا على موات للكفار يذبون عنه ففيه وجوه: أصحها: أنه

---

(١) أخرجه الشافعي (١٧٥٨)، والبيهقي في الكبرى (١١٥٦٣) من حديث طاوس مرسلا.

(٢) أخرجه أحمد (١٤٣١٠)، وابن حبان (٥٢٠٥)، وأبو يعلى (٢١٩٥)، والنسائي في الكبرى (٥٧٥٦)، (٥٧٥٧)، (٥٧٥٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه وأصله عند مسلم (١٥٥٢).

يفيد اختصاصاً كاختصاص المتحجر، وعلى هذا فالغانمون أحق بإحياء أربعة أخماسه، وأهل الخمس أحق بإحياء خمسه فإن أعرض الغانمون عن إحيائه، فأهل الخمس أحق به، فلو أعرض بعض الغانمين فالباقون أحق، وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعاً ملكه من أحياه من المسلمين، انتهى.

اعلم أن من جملة أهل الخمس اليتامى ولا يصح إعراضهم، ومنهم أيضا المساكين وأبناء السبيل، وفي تصور إعراضهم إشكال قال في «الروضة»: وينبغي أن يكون المراد في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الإحياء، قال: وكذلك في الباقين يقدر نحوه أيضاً.

قوله: من مجتمع النادي، ومباح الإبل ومطرح الرماد والسماد وفناء الدار إلى آخره.

النادي بالنون هو المكان الذي يجتمعون فيه للحديث، وكذلك الندى بكسر الدال وتشديد الياء، والندوة بفتح النون وضمها، والمتندي بتاء ثم نون ثم دال مشددة مفتوحات، والمنتدى بنون ساكنة بعدها تاء، ثم دال مفتوحتان، ومنه سميت الدار التي بناها قصى بمكة للمشاورة دار الندوة.

إذا علمت ذلك علمت أن قول الرافعي من مجتمع النادي يعني أهل النادي، كما في قوله تعالى: ﴿فليدع ناديه﴾، أي أهل ناديه والمباح بضم الميم كما قاله الصنعاني في «مجمع البحرين»، ولم يتعرض له الجوهري والسماد: بفتح السين المهملة هو السرجين مع الرماد كما قاله الجوهري ومنها الفناء بكسر الفاء وبالنون وفناء الدار: هو حواليها من الخلاء المتصل بجدرانها.

قوله: الرابعة البئر المحفورة في الموات حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح إلى آخره، ثم قال: وأما القناة فآبارها لا يستقي منها حتى يعتبر به الحريم، فحريمها القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها، أو خيف منه انهيار وفي الكتاب

وجه لم يذكره في «الوسيط» أن حريمها حريم البئر التي يستقى منها ولا يمنع من الحفر بعد ما جاوزه، وإن نقص؛ وهذا ما أورده أبو حامد ومن تابعه، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن الغزالي لم يذكر مسألة القناة في «الوسيط» بالكلية.

الأمر الثاني: أن حكاية وجه بالحاق بئر القناة ببئر الاستقاء عجيب، فإن الحريم هو المحتاج إليه، وقد تقدم من كلام الرافعي أن بئر القناة لا يستقي منها، فكيف يكون من حريمها مواضع الوقوف للاستقاء، وأيضا فالإستقاء قد يكون بالنزح بالدلو، وقد يكون بالدولاب والهائم، ولم يبين المراد منهما على هذا الوجه.

قوله: لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «حريم البئر البدئ خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً»(١)، والبدئ: هي التي أحدثت في الإسلام، انتهى كلامه.

والبدئ: بباء مفتوحة وبالهمز في أخره على وزن فلس، ويقال: بالمد على وزن الرغيف.

والعادية: الجاهلية نسبة إلى عاد.

قوله: وهل تملك أراضي عرفة بالإحياء كسائر البقاع أم لا لتعلق حق الوقوف بها؟ فيه وجهان: إن قلنا: تملك، ففي بقاء حق الوقوف في ما ملك وجهان إن قلنا: يبقى، فذلك مع اتساع الباقي أم يشترط ضيقه عن الحجيج ؟ فيه وجهان؛ هذا تلخيص ما حكاه الإمام وأشار صاحب «الكتاب» ههنا وفي «الوسيط» إلى ثلاثة أوجه في المسألة، ثالثها: الفرق بين أن يضيق الموقف فيمتنع

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤ / ٢٢٠)، والحاكم (٧٠٤١)، وابن أبي شيبة (٤ / ٣٨٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٥٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وبين أن لا يضيق فلا يمنع، وهو أظهر عنده، لكن المنع المطلق أشبه بالمذهب، وبه أجاب صاحب «التتمة» وشبهها بالمساجد ومواضع صلاة العيد والأماكن الموقوفة . انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما نقله عن «الوسيط» من حكاية ثلاثة أوجه ليس كذلك، بل هو في ذلك مطابق لكلام الإمام فلنذكر عبارته، ثم عبارة الغزالي.

فنقول: قال في «النهاية» : لو أحيا المحيي بعض بقاع عرفة فقد اضطرب أصحابنا فيه فذهب القياسون إلى أنه يملكه ولا يضيق عرفة وإن أجيبت أطرافها عن حجيج الدنيا، ومن أصحابنا من قال لا يملكه لتعلق حق الوقوف ولو فتحنا ذلك ارتفع الإختصاص، وقد يفضي ذلك إلى الاستيعاب، ثم لا حجر على المحيي لو بنى أو غرس، وهذا يؤدي إلى إبطال حق الوقوف من البقاع المحياة والوجه الثالث أنه يملكه، ويبقى حق الوقوف وعلى هذا قال بعضهم يبقى حق الوقوف، وإن لم يضيق الموقف، وقال بعضهم: إنما يبقى عند ضيق الموقف هذا كلام الإمام، وأما الغزالي فقال : وفي امتناع إحياء عرفة ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يمتنع إذ لا تضييف.

والثاني: يمتنع إذ فتح بابه يؤدي إلى التضييق.

والثالث: يجوز ثم يبقى حق الوقوف، هذه عبارته.

فقوله في الأول : إذ لا تضييق تعليل للجواز، وتبع إمامه في التعليل به حيث قال: إن عرفة لا تضيق عن حجيج الدنيا فطبقه مع كلام الإمام تجده واضحا.

وتوهم الرافعي أن المراد منه التفصيل بين أن يضيق فيمتنع، أو لا فيجوز، فأخرج (إذ) عن موضوعها وغفل عن أصل «الوسيط» وهو «النهاية».

وقوله في توجيه الثاني: إذ فتح بابه يؤدي إلى التضييق هو معنى قول الإمام في الوجه الثاني: إذ يفضي إلى الإستيعاب إلى آخره .

وقوله: والثالث يجوز ، هو الثالث : في «النهاية» أيضاً، وقوله: ثم يبقى حق الوقوف يعني على هذا الوجه وتبع فيه أيضاً الإمام ، إلا أن الإمام ذكر بعده وجهاً آخر أعرض عنه المصنف، وهذا كله واضح لا إشكال فيه وعبارة «الوجيز» مردودة إلى هذا، إذ «المختصر» يرجع به إلى مبسوطه ووجهه إن تحرفت فيه إذ الشرطية فاستحضره وراجعه.

الأمر الثاني: أن الغزالي حكى في كتبه الخلاف في جوازه لا في الملك به، والرافعي حكاه في الملك لا في الجواز فلم يطابق الشرح المشروح إذ لا يلزم من عدم الجواز عدم الملك بدليل الإحياء في ما يحجره غيره، وفي ما أقطعه الإمام.

الثالث: قال في «الروضة» وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات لوجود المعنى، والذي قاله هنا بحثاً قد جزم به في «تصحيح التنبيه» و«المنهاج» من «زياداته».

لكن هل المنع في مزدلفة مخصوص بما إذا قلنا: يجب المبيت فيها كما هو رأي النووي فيها حتى لا يمتنع عند الرافعي، أم يمتنع على القولين معاً لكون المبيت مطلوباً؟ فيه نظر؛ والمتجه الثاني بدليل ما سبق في مصلى العيد، وحينئذ فينبغي أن يكون المحصب كذلك؛ لأنه يستحب للحجيج إذا نفروا أن يبيتوا فيه كما هو معروف في موضعه.

قوله: وينبغي للمتحجر أن لا يزيد على قدر كفايته، وأن لا يتحجر ما لا يمكنه القيام بعمارته ، فإن خالف، قال المتولي :فلغيره أن يحيى ما زاد على كفايته وما زاد على ما يمكنه عمارته. قال غيره :لا يصح تحجره أصلا، لأن ذلك القدر غير متعين. انتهى.

قال في «الروضة»: قول المتولي أقوى.

قوله: وشبهوا الخلاف في المسألة بالخلاف في ما إذا عشش الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره هل يملكه؟ انتهى.

هذه المسألة قد حصل فيها اضطراب شديد وسيأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى واضحاً في كتاب «الصيد».

قوله: ولو باع المتحجر ما حجره ففيه وجهان قال الجمهور: لا يصح لأن حق الملك لا يباع، ألا ترى أن الشفيع لا يبيع الشقص قبل الأخذ.

وقال أبو إسحاق وغيره: يصح، وكأنه يبيع حق الاختصاص، فعلى هذا لو باع فأحياه في يد المشتري محي وقلنا: إنه يملك ففي سقوط الثمن عن المشتري وجهان، انتهى.

واعلم أن أبا إسحاق وغيره قد خالفوا في الشفعة فجوزوا فيها بيع الحق كما نقله الرافعي، وحينئذ فإن كان الكلام هنا مفروضا فيما إذا تلفظ ببيع الحق، فلا يصح الرد بالشفعة لأن الشقص ليس نظير مسألتنا وحق التمليك فيه الخلاف، وإن كان عند تلفظه بالعين فكيف يقول لأن حق الملك لا يباع، والأصح من الوجهين الأخيرين كما قاله في «زوائد الروضة» عدم السقوط.

قوله: وروى أنه ﷺ أقطع الزبير ـ رضي الله عنه ـ حُضْر فرسه[1]. انتهى.

الحُضْر: بضم الحاء المهملة وسكون المعجمة يقال: أحضر الفرس يحضر إحضاراً فهو محضر واحتضر فهو محتضر ـ أي: عدا. قاله الجوهري وذكر نحوه ابن الأثير في «غريب الحديث» ثم قال ما نصه: ومنه حديث الزبير

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٢)، وأحمد (٦٤٥٨)، والطبراني في الكبير (١٣٣٥٢)، وفي الأوسط (٤٢٧٣)، والبيهقي في الكبرى (١١٥٧٠)، وأبو بكر القطيع في جزء الألف دينار (٥٧) من حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ بسند ضعيف.
ضعفه الألباني وجماعة.

المذكور.

قوله: وإنما حمى رسول الله ﷺ النقيع لإبل الصدقة... إلى آخره.

النقيع هنا بالنون عند الجمهور، وصوبه النووي، وقال بعضهم: إنه بالباء كبقيع الغرقد، وهو موضع يستنقع فيه الماء، أي يجتمع على نحو عشرين ميلاً من المدينة وفيه مسجد النبي ﷺ.

قوله: ولا يجوز لغير النبي ﷺ من الأئمة أن يحمي لنفسه، وفي جوازه لمصالح المسلمين قولان: أصحهما الجواز لأن عمر - رضي الله عنه - حمى واستعمل علي الحمي مولى له يقال له: هنى، وقال: يا هنى أضمم جناحك للمسلمين، واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة، وإياك ونعم ابن عفان وابن عوف، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى نخل وزرع، وإن رب الغنيمة والصريمة إن تهلك ماشيته يأتني بعياله فيقول: يا أمير المؤمنين لا أبا لك فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت شبراً[١] .انتهى.

وهذا الأثر صحيح رواه الشافعي عن غير واحد من أهل العلم، والبيهقي وغيرهما.

وهني: بهاء مضمومة ونون مفتوحة بعدها ياء مشددة.

وقوله: اضمم جناحك، أي: كف يدك عن المال والأبدان، والجناح هو اليد، قال تعالى: ﴿وَاضْمُمْ إِلَيْكَ جَنَاحَكَ﴾[القصص: ٣٢]، أي يدك فإذا ضمها كفها .

وقوله: واتق دعوة المظلوم، كناية لطيفة عن النهي عن الظلم.

---

(١) أخرجه مالك (١٨٢٨) والبخاري٢٨٩٤)، والشافعي (س١٧٥٣)، وابن أبي شيبة (٦ / ٤٦١)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٥٨٩).

وقوله: وأدخل رب الصريمة والغنيمة، أي: مالك القليل من الإبل والغنم.

والصريمة: بضم الصاد المهملة تصغير الصرمة بكسر الصاد وهي ما بين العشرة إلى الثلاثين من الإبل خاصة.

والغنيمة ما بين الأربعين إلى المائتين.

وقوله: وإياك إلى آخره، نهاه عن إدخال الأغنياء، وقد وقع في الرافعي وغيره بالكاف والوارد في رواية الشافعي وغيره إنما هو «وإياي» بالياء على إغراء المتكلم لكنه شاذ لا يقاس عليه عند جمهور النحويين.

وقوله: لو لا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله، أي: الخيل التي أعددتها لأحمل عليها في الجهاد من لا مركوب له، قال مالك ـ رضي الله عنه ـ : وكانت عدتها أربعين ألفاً.

الباب الثاني: في «المنافع المشتركة»

قوله: من بور وبارية.

البارية بباء موحدة وياء بنقطتين من تحت مشددة هي نوع من أنواع الحصر الغليظة.

قوله: وهل لإقطاع الإمام في الشوراع مدخل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ، لأنه لا مدخل للتمليك فيه فلا معنى للإقطاع بخلاف الموات.

والثاني: أن له مدخلا فيه، وهو رأي الأكثرين.

ثم قال: وللنزاع مجال في قوله الأول أنه لا مدخل فيه للتمليك، لأن في «الرقم» للعبادي وفي «شرح مختصر الجويني» لابن طاهر ورواية وجه :أن للإمام أن يملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق، انتهى كلامه.

وهو ظاهر في أن الصحيح المعروف أنه لا مدخل للتملك في هذا الإقطاع ،لا جرم أن النووي صرح بتصحيحه في «أصل الروضة».

إذا علمت ذلك، فقد خالفه في كتاب الجنايات في الطرف الثاني في اجتماع العلة والشرط في الكلام على حفر البئر فقال ما نصه: والخلاف راجع إلى ما تقدم في «إحياء الموات» أن إقطاع الإمام هل له مدخل في الشوارع ؟ وبينا أن الأكثرين قالوا : نعم وجوزوا للمقطع أن يبني فيه ويتملكه، هذا لفظه، وهو موضع عجيب ولاشك في أن المذكور هناك سهو فإنه أحاله على المذكور هنا، ورأى أن الأكثرين جوزوا ذلك فأطلق القول من غير إمعان.

وقد حذف النووي في «الروضة» لفظ «التمليك» من الموضع المذكور في الجنايات اتفاقاً وهو غير نافع فإنه ذكر أولاً أن الحفر لنفسه.

قوله: وأمـا المسجد والجـلوس فيه يكون لأغـراض منها أن يجلس ليـقرأ عليه القرآن، أو ليتعلم عنه الفقه أو يستفتي.

قال صاحـب «الكتاب» والشيخ أبو عاصم العـبادي: الحكم فيه كـما في مقاعـد الأسواق، وهو أشبه بمآخذ الباب، وحكى أقـضى القضاة الماوردي أنه مهما قام بطل حقه، وكأن السابق إليه أحق، انتهى.

وهذا الخلاف الذي حكاه في التـحاق هذا بمقاعد الأسـواق أخذاً له من خـلاف الماوردي ليس بصحـيح فإن المـاوردي قد خـالف أيضا في مـقاعـد الأسواق، وقـال: إنه مهما قـام بطل حقه وإنما يصح مـا حكاه الرافعي من الخلاف إن لو كان الماوردي قائلاً ببقاء الحق في مقاعد الأسواق.

نعم :حكى الماوردي في «الأحكام السلطانيـة» عن جمـهور الفقـهاء أنه يبطل حقه.

وعن مالك أنه أحق.

وهذا الكلام مقتضاه أن الشافعي وأصحابه من الجمهور.

قوله:ومنها: الجلوس للبيع والشراء والحرفة وهو ممنوع منه إلى آخره.

تابعه في «الروضـة» على التعبـير بلفظ المنع، وهل المراد به التـحريم أو الكراهة أو خلاف الأولى؟ فيه كلام سبق ذكره واضحا في شروط الصلاة.

واعلم أن الجلوس في المسجـد يكون لأغراض أخرى لم يذكـرها، وقد ذكرها النووي في «الروضة» مع ما يتعلق بها فقال:

فمنها الجلوس للاعتكاف، وينبغي أن يقال لـه: الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجـد إن كان اعتكافاً مطلقاً، وإن نوى اعـتكاف أيام فخرج لحاجة جائزة ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه، ويحتمل أن يكون على الخلاف في ما إذا خرج المصلي لعذر.

ومنها: الجـالس لاستمـاع الحديث والوعظ، والظاهر أنه كالصـلاة فلا

يختص فيما سوى ذلك المجلس، ولا فيه إن فارق بلا عذر ،ويختص إن فارق بعذر على المختار.

ويحتمل أن يقال: إن كانت له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال، وأما مجلس الفقه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد، فالظاهر فيه دوام الاختصاص لاطراد العرف، وفيه احتمال ، والله أعلم. هذا كلامه رحمه الله.

قوله: في «أصل الروضة»: فصل: الرباطات المسبلة في الطرق وعلى أطراف البلاد من سبق إلى موضع منها صار أحق به، وليس لغيره إزعاجه سواء دخل بإذن الإمام أو بغير إذنه، فإن ازدحم إثنان ولا سبق فعلى ما سبق في مقاعد الأسواق وكذا الحكم في المدارس والخوانق إذا نزلها من هو من أهلها ، انتهى.

ومقتضى هذا الكلام جواز السكنى في بيوت المدارس ونحوها من غير إذن متولي أمرها من مدرس وغيره.

إذا علمت ذلك فقد ذكر في «فتاويه» ما يخالفه، فإن قال: ويجوز للفقيه الذي ليس بمنزل سكنى المدرسة إذا أسكنه الناظر، هذا لفظه، فاعتبر في الإسكان إذن الناظر، ولا يستقيم أن يقال: المنزل لا يشترط فيه الإذن بخلاف غيره، لأن السكنى حق آخر مغاير لحق التنزيل، وأيضا كلامه أولا ينفيه لأنه تكلم في شيء ليس لأهله فيه معلوم كالربط المُسَبَّلة في الطرقات، والأول هو القياس، وحينئذ فإن رآه الناظر أهلاً أقره وإلا أخرجه.

قوله: وإن بقى أثار الفساطيط ونحوها.

الفساطيط: جمع فسطاط وهي الخيمة .

الباب الثالث في «الأعيان الخارجة من الأرض»

قوله: فالمعادن الظاهرة وهي التي تبدو جواهرها بلا عمل، وإنما السعي والعمل لتحصيله فلا يملكها أحد بالإحياء . انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» ومحله إذا كان معلوماً، فإن لم يكن، ففي «المطلب» عن الإمام أنه يملكه بالإجماع، وأنه أصح الوجهين في «التهذيب» للبغوي.

قوله: وذلك كالنفط والقار ونحوهما فإنها فوضى لما روى أن أبيض بن حمال المأربي استقطع رسول الله ﷺ ملح مأرب، فأراد أن يقطعه[1]، ويروى فأقطعه فقيل: إنه كالماء العد[2] فقال: فلا إذن . انتهى.

أما فوضى فالفاء والصاد المعجمة، أي: لا يختص بأحد.

وأما أبيض: فضد الأسود، وأما حمال: فهو بحاء مهملة مفتوحة ثم ميم مشددة بعدها لام.

وأما المأربي: فنسبة إلى مأرب وهي بهمزة ساكنة ثم راء مهملة مكسورة بعدها باء موحدة ويقال: إن أبيض المذكور من الأزد حكاه جميعه في «الإكمال».

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦٤)، والترمذي (١٣٨٠)، وابن ماجه (٢٤٧٥)، والدارمي (٢٦٠٨)، وابن حبان (٤٤٩٩)، والدارقطني (٣ / ٧٦)، والطبراني في الكبير (٨٠٨)، وابن أبي شيبة (٦ / ٤٧٣)، والبيهقي في الكبرى (١١٦٠٨)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢٤٧٠) وابن الأثير في أسد الغابة (١ / ٢٨)، وابن سعد في الطبقات الكبرى (٥ / ٥٢٣)، والمزي في تهذيب الكمال (٢٧ / ٦)، والبخاري في التاريخ الكبير (٢ / ٥٩)، والخطيب في تاريخ بغداد (١٤ / ١٦٠) وابن عساكر في تاريخ دمشق (٦٤ / ١٥٠).
قال الترمذي : حديث غريب.
وقال الألباني: حسن.

(٢) يأتي تونيه قريبا.

وأما العد فهو بعين مكسورة مهملة ودال مهملة مشددة، وهو: الماء الذي له مادة لا تنقطع كماء البئر والعين، والحديث رواه الشافعي.

قوله: ولو قال مالك المعدن :اعمل فما استخرجته فهو لك أو قال: استخرج لنفسك إلى آخره.

هذه المسألة سبق الكلام عليها في الباب الثاني من أبواب الإجارة.

قوله: فيسقي الأول أرضه ثم يرسله الثاني ثم يرسله الثاني إلى الثالث، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى في الشرب أن للأعلى أن يسقي قبل الأسفل، انتهى كلامه.

المراد بالأول هو الذي لم يتقدمه أحد وبالثاني: هو الذي أحيا بعد الأول وهكذا قياس الباقي، وليس المراد الأقرب إلى أصل النهر فالأقرب، لأن الاعتبار بالسبق فلذلك اعتبرناه فتفطن له.

قوله: حين خاصمه الأنصاري في شراج الحرة، ثم قال: والشراج جمع الشرج وهو النهر الصغير، انتهى.

الشرج بشين معجمة مفتوحة وراء ساكنة بعدها جيم.

قال الجوهري: هو سبيل الماء في الحرة إلى السهل.

والحرة بحاء مهملة مفتوحة بعدها راء مشددة، وهي أرض ذات حجارة سود.

وقال ابن الأثير: الترج بالتاء وهو المسيل.

والشرج: جمع لها والشراج جمعها.

قوله: ولو كان أرض الأعلى بعضها مرتفعاً وبعضها منخفضاً، ولو سقيا معاً لزاد الماء في المنخفضة على الحد، أفرد كل بعض بالسقي بما هو طريقه، انتهى.

وطريقه كما قـاله صاحب «التنبيه» وغيره أن يسـقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين ثم يسده ثم يسقي المرتفع.

قوله: وإذا تنازع اثنان أرضاهما متحـاذيتان أو أراد شق النهر من موضعين متحاذيين يميناً وشمالاً، فهل يقرع أو يقسم بيهما أو يقدم الإمام من يراه؟ ثلاثة أوجه حكاها العبادي، انتهى.

والأصح هو الإقراع كذا صححه في «الروضة».

قوله: وتنقـية هذا النهر وعمـارته يقوم بها الشركـاء بحسب الملك، وهل على كل واحد عمارة الموضع المتسفل عن أرضه وجهان:

أحدهما: لا ؛ وبه قطع ابن الصباغ لأن المنفعة فيه للباقين.

والثاني: نعم، وهو الأصح عند العبادي لإشتراكهم وانتفاعهم به، انتهى.

هذا الكلام كله يوهم وجوب عمارة النهر على ملاكه، مع أنه في كتاب الصلح قال : إن فيه القولين في عمارة الجدار، فيكون الجديد عدم الوجوب.

قوله: وإن تنازع شركاء النهر في قدر أراضيهم فيجعل على قدر الأراضي، لأن الظاهر أن الشركة تحسب بحسب الملـك ،أو بالتسوية لأنه في أيديهم؟ فيه وجهان: الظاهر أن الشركة بحسب الملك، انتهى.

قال في «الروضة»: أصحهما الأول.

قوله: والبـئر المحفورة على قصـد الإرتفاق دون التملك، الحافـر أولى بها وليس له منع ما فـضل عنه عن المحتاج إليـه للشرب، ثم قال: وله أن يمنع غـيره من سقى الزرع به، لأن الحيوان أعظم حرمة، وللإمـام فيه احتمال من حيث أنه لم يملكه والاختصام إنما يكون بقدر الحاجة، وبهذا أجاب في «التتمة» فحصل وجهان، انتهى.

وما رجحـه ههنا من جواز المنع قد رجح خـلافه في «الشرح الصغـير» فقال ما نصه: والأشـبه أنه لا يمنع من السقي للزرع به أيضا هذا لفظه، ولم

يذكر فيه غيره.

قوله: ولا يجب على مالك البئر بذل الفاضل عن حاجته لذرع الغير، وفيه وجه، وفي البذل للماشية وجهان أصحهما: الوجوب.

ثم قال: التفريع شرط الماوردي لوجوب البذل شروطاً:

أحدها: أن لا يجد صاحب المواشي كلأ مباحاً.

والثاني: أن يكون هناك كلأ يرعى وإلا فلا يجب، وفي «التتمة» ذكر وجهين في هذا الشرط، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن تعبيره في الشرط [الأول بقوله: كلأ مباحا، قد وقع كذلك في نسخ الرافعي وهو سهو، والمراد الماء، وقد تفطن له في «الروضة» فأصلحه.

الأمر الثاني: أن الصحيح في الشرط][(١)] الثاني هو ما قاله الماوردي، كذا صححه النووي في «أصل الروضة»، والغريب أنه لم يصححه على طريقة إثبات الخلاف، بل جعل المسألة ذات طريقين، وصحح طريقة القطع.

قوله: ثم عابروا السبيل يبذل لهم ولمواشيهم وفي من أراد الإقامة في الموضع وجهان، لأنه لا ضرورة به إلى الإقامة، انتهى.

والأصح الوجوب كذا قاله في «الروضة».

قال الماوردي: وحيث وجب البذل مكنت الماشية من حضور البئر بشرط أن لا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية، فإن لحقه ضرر بورودها منعت، لكن يجوز للرعاء إستقاء فضل الماء لها.

قوله: من «زوائده»: قال الماوردي: وإذا لم يوجد شرط وجوب البذل جاز

(١) سقط من أ.

لمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدراً بكيل أو وزن ولا يجوز بيعه مقراً بري الماشية ولا الزرع، والله أعلم.

وما ذكره عن الماوردي من المنع في مسألة الري قد ذكر في «شرح المهذب» ما يمنعه، أو يحوج إلى الجميع بينه ، فقال في باب ما نهى عنه من بيع الغرر: أجمعوا على جواز الشرب من ماء السقاء بعوض مع اختلاف أحوال الناس في الماء، هذا لفظه.

قوله: ولو باع الماء مع قراره، نظر إن كان جارياً ، فقال: بعتك هذه القناة مع مائها، أو لم يكن جارياً.

وقلنا: الماء لا يملك لم يصح البيع في الماء، وفي [القرار][(١)] قولا تفريق الصفقة، وإلا فيصح، انتهى.

وما ذكره من عدم صحة البيع في الماء تابعه عليه في «الروضة»، وقد سبق من «زوائده» في آخر البيوع المنهي عنها عن القفال: أنه يصح، وأقره عليه، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه.

وما ذكره أيضاً في الأرض من تخريجها على قولي تفريق الصفقة كيف يستقيم مع أن الماء المذكور مجهول؟، وقد سبق في تفريق الصفقة أن ما لا يجوز إذا كان مجهولاً، فإنا نبطل البيع في الجميع على الصحيح بناء على الإجارة بالقسط والتقسيط غير ممكن للجهالة.

قوله: ولو باع بئرا أو دارا فيها بئر ماء وقلنا: الماء لا يملك، فقد أطلقوا أن المشتري أحق بذلك الماء وليحمل على ما نبع بعد البيع، فأما ما نبع قبله فلا معنى لصرفه إلى المشتري، انتهى.

وهذا التأويل الذي قاله الإمام الرافعي فاسد كما قاله في «الروضة»، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر لثبوت

---

(١) في ب: الماء.

يده على الدار، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الاختصاص به.

واعلم أنا إذا فَرَّعْنا على أن الماء يملك، ففيه كلام سبق ذكره في البيع.

قوله: ولو أراد أن يتخذ مواتاً مزرعة فإن كانت تحتاج إلى ما يساق إليها لزم تهيئته، ثم إذا هيأه، نظر إن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء فيه كفى ولم يشترط الإجراء ولا سقى الأرض، وإن لم يحفر بعد فوجهان، انتهى.

لم يرجح في «الروضة» شيئاً من هذين الوجهين أيضاً، والراجح منهما: أنه يكفي التهيئة ولا يشترط الحفر أيضاً، كذا رجحه الرافعي في «الشرح الصغير»، فقال: إنه الأشبه وهو مقتضى كلام «المحرر» فإنه اكتفى بالترتيب.

قوله: الرابعة: إذا قصد بستاناً أو كرماً فلابد من التحويط إلى آخره.

اعلم أن الغزالي في«الوجيز» قد ذكر أنه لابد من نصب الباب أيضاً ولم يتعرض له الرافعي في عد الشروط، ثم بعد ذلك ظن أنه ذكره فنبه على إعلامه بالواو فقال: وفي ما قدمناه ما يعرفك أنه يجوز إعلام قوله تعليق الباب وحفر الأنهار وسوق الماء إليه بالواو.

هذا كلامه، مع أنه لم يتقدم التعرض لاشتراطه فضلا عن التعرض للخلاف فيه، ثم إن النووي رأى في كلام الرافعي أن ذلك كله تقدم فظن صحته فأسقطه، فلزم خلو «الروضة» عنه بالكلية، ولم يتعرض له أيضاً في «المحرر» و«مختصره».

قوله نقلاً عن الإمام: وتوحل الصيد في أرضه التي سقاها لا يقتضي الملك وإن قصده انتهى كلامه.

وما نقله عنه هنا من عدم الملك وأقره قد ذكر في كتاب الصيد خلافه، والغريب أنه من كلام الإمام أيضاً، وسوف أذكر لفظه إن شاء الله تعالى في موضعه فراجعه.

قوله: وإذا قصد نوعاً وأتى بما يملك به نوعاً آخر ما الحكم فيه؟ أجاب

الإمام: بأنه يفيد الملـك حتى إذا حوط البقعة يتملكهـا، وإن قصد المسكن، لأنه مما يملك الزريبة لو قصدها.

والجواب عنه: أنه مخالفة صريحة لما قـاله الأصحاب لما فيه من الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً، انتهى كلامه.

واعلم أن الإمام معترف بأن الأصحـاب على خلاف ما ذكره، وإنما قاله بحثاً واستشـهد له فقال: مجازي كلام الأصحـاب دالة على اختلاف [صفة الإحياء بـاختلاف][(١)] المقصود في لمحيي، وكنت أود أن يقـال كما يحصل الملك في تبعه إذا انضم إليه القصـد، فإنه يحصل الملك، وإن فرض القصد في جهة أخـرى لأن ما كان سبـباً في تملك المباح، فليس للقصـد فيه وقع، فإن من تبع ظبية يبغى امتحان شدة سعي نفسه فأدركها وضبطها ملكها، وإن لم يخطر له قصد التملك، وكذا لو احتشى حشيشا ليتخذ منه مقعداً يجلس عليه إذا ركب ملكه وإن لم يقصد تملكه هذا كلامه.

ثم قال: وهذا بنيته على وجه من رأى مع تشبث بطرق من النقل، وهو احـتمـال لصاحب «التـقريب» فـي بعض صوره مع الاعـتراف بأن طريقـة الأصحاب في المسلك الظاهر تخالفه، انتهى.

وإذا ظهر لك كلام الإمام تعجـبت من الرافعي ثم من النووي في جميع مـا قالاه، وكـيف يجاب البـاحث المعـترف بمخـالفتـه للنقل، بأن المنقـول خلافه؟!

قوله: وإذا حفر بئراً في الموات للتـملك فإذا وصل إلى الماء كفى إن كانت الأرض صلبة، وإلا وجب أن يطوي، انتهى.

يقال: طويت البئر طياً، إذا بنيتها.

قوله: وإذا حفر نهراً ليجري الماء فيـه على قصد التملك، فإذا انتهت فوهة البئـر الذي يحفـر أي رأسه إلى النهر الـقديم وجرى الماء فـيه ملكه، كـذا قاله

---

(١) سقط من أ.

البغوي وغيره وفي «التتمة»: أن الملك لا يتوقف على إجراء الماء فيه، لأنه استقاء منفعة كالسكون في الدار، انتهى.

رجح في «الروضة» الوجه الثاني، فقال: إنه أقوى.

قوله: فرع: سقي أرضه بماء غيره المملوك له فالربع لصاحب البذر وعليه قيمة الماء، قال الحناطي: ولو استحل من صاحب الماء كان الطعام أطيب. انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من لزوم القيمة سهو تبعه عليه في «الروضة» أيضاً، والصواب: إيجاب مثل الماء لا قيمته، فإن الماء مثلي كما سبق في الغصب ولم يخالفوا هذه القاعدة في الماء إلا إذا غصبه في مفازة ثم قدم البلد فإنه لا يرد مثله لأنه لا قيمة له هنا غالباً.

وقد ذكرها ابن الصلاح في «فتاويه» على الصواب فقال: إنه يجب مثله محصلاً في الموضع الذي أخذه منه من قناة أو غيرها.

كتاب الوقف

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانه

قوله: وعن مالك أن المنقول مطلقاً لا يجوز وقفه.

لنا ما روى أنه ﷺ قال: «أما خالد فقد حبس أذرعه وأعتده في سبيل الله»(١)، انتهى.

الأذرع: بالذال المهملة، جمع ذرع وهي الذردية.

وأما الأعتد: فهو بعين مهملة وتاء مضمومة بنقطتين من فوق جمع للعتاد بفتح العين، وهو ما أعده الرجل من السلاح والدواب وألة الحرب وروى بالباء الموحدة جمع عبد.

قوله: الرابعة: لا يصح وقف أم الولد على الأصح، فإن صححنا ومات السيد عتقت .

قال المتولي: ولا يبطل الوقف، بل تبقى منافعها للموقوف عليه، كما لو أجرها ومات،.

وقال الإمام: يبطل ؛لأن الحرية تنافي الوقف بخلاف الإجارة، وهذا مقتضى كلام ابن كج، انتهى كلامه.

وحاصل ما ذكره في أم الولد الجزم ببقاء الإجارة، لكنه قد ذكر في كتاب الإجارة ما يخالفه، وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه.

قوله: ويجوز وقف المعلق عتقه بصفة ثم إذا وجدت الصفة.

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٩٩)، ومسلم (٩٨٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

فإن قلنا: الملك في الوقف للواقف أو لله تعالى، عتق وبطل الوقف.

وإن قلنا: إنه للموقوف عليه، فلا يعتق، ويكون الوقف بحاله، انتهى كلامه.

وما قاله ههنا قد ذكر ما يخالفه في الفصل الثاني من الباب الثاني فقال: في ما إذا وطيء الواقف الجارية الموقوفة بغير شبهة، إنا إن جعلنا الملك لله تعالى أو للموقوف عليه فلا تكون أم ولد، وإن جعلناه للواقف ففي نفوذ الاستيلاد الخلاف في استيلاد الراهن وأولى بالمنع لتعلق حق الموقوف عليه بها.

وتابعه النووي في «الروضة» على الموضعين، والكلام الثاني مخالف للأول من وجهين:

أحدهما: أنه جزم في المعلق عتقه بصفة أنه يعتق على القول بأنه لله تعالى، وجزم في المستولدة تفريعاً على القول بعدم العتق وهو اختلاف واضح، لأن انتقاله إلى الله تعالى إن كان كانتقاله إلى الأدمي فلا يعتق بالتعليق ولا بالاستيلاد كما لو باعه، ثم وجدت الصفة فإنه لا أثر لها، وإن لم يكن فيعتق.

الوجه الثاني: أنه جزم أيضاً بعتقه ـ يعني: المعلق تفريعاً على أنه للواقف، وخرج المستولدة على أقوال الراهن وجعلها أولى بالمنع وهو أيضاً ظاهر الاختلاف لما تقدم.

واعلم أن الذي أوجب هذا الاختلاف أنه قد رأى مسألة التعليق في «التهذيب» محكوما عليها بما قاله هنا، ورأى مسألة الاستيلاد في «الوسيط» على الكيفية التي أجاب بها أيضاً هنا فتابعهما الرافعي وهما طريقتان، لا يتأتى الجمع بينهما ولو ذكر كل منهما المسألة الأخرى لم يُجب فيها بما قاله الآخر.

لا جرم أن الإمـام في «النهاية» والغـزالي في «البسـيط» لما ذكرا مـسألة التعليق ذكـراها موافقة لمسألة الاسـتيلاد فقـالا: إن قلنا: الملك لله تعالى أو للموقـوف عليه لم يعتق لوجـود الصفة، وإن قلنا: المـلك للواقف عتق في ظاهر المذهب وقيل: هو كـإعتاق الواقف العبـد الموقوف وفيه أقـوال، عتق الرهن.

ولا ذكر لهذه المسألة في «الشرح الصغير».

قوله: السابعـة لا يصح وقف ما لا يدوم الإنتفاع به كـالمطعوم والرياحين المشمومة لسرعة فسادها، انتهى كلامه.

والتعليل بسـرعة الفسـاد قد تابعه عـليه في «الروضة» وهو يقـتضي أن محل ذلك في الرياحين المحـصودة، أما المزروعة فـيصح وقفهـا للشم لأنها تبقى مدة لاسـيما وفيه منفـعة أخرى وهي النزهة، وقد نبـه عليه في «شرح الوسيط» وقال: الظاهر الصحة في المزروع وعلله بما ذكرناه.

قوله: فـإن قلت ـ أي: في حد الموقوف ـ: هو كل عين مملوكـة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها زال الإشكال. انتهى كلامه.

وهذا الضابط يرد عليه الرياحين، فـإن القيود كلها موجودة فيـها أما ما عدا الاستئـجار فواضح، وأما الاستئجار فكذلك، فـإنه قد جزم بجوازه في كتاب الإجارة ومع ذلك فلا يجوز وقفها كما تقدم ذكره، وكأنه ـ والله أعلم ـ أن الحكم بخلافه.

وقد تابعه النووي أيضاً في «الروضة» على هذا الضـابط غير أنه زاد فيه كون العين معـينة ليحترز عن أحد العـبدين ونحوه، وهل يصح وقف العين الموصى بمنفعتها إذا صححنا وقف المستأجر أم لا يصح جزماً؟

فيه نظر فإن منعنا فينبغي أن نزيد في الضابط ما يدفعه، فنقول: يحصل منها للمالك فائدة إلى آخره.

قوله: فرعان: أحدهما: لو أجر داره. ثم وقفها ، قال الشيخ أبو علي: يصح كالمغصوب، وقال القفال في «فتاويه» : إنه مخرج على الوقف المنقطع الأول.

وفَصَّلَ بعضهم فقال: إن وقف على المسجد صح؛ لمشابهته الإعتاق، وإن وقف على إنسان.

فإن قلنا: الموقوف ينتقل إلى الموقوف عليه، فهو كبيع المستأجر.

وإن قلنا: ينتقل إلى الله تعالى، فوجهان، لافتقاره إلى القبول، انتهى ملخصاً.

والصحيح من هذه الأوجه هو الصحة مطلقاً، كذا صححه النووي في «الروضة» ولم ينبه على أنه من «زياداته» بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له.

قوله: الثاني: إذا استأجر أرضاً ليبني فيها أو يغرس ففعل ثم وقف البناء أو الغراس صح الوقف في أصح الوجهين.

والثاني: المنع، لأن مالك الأرض يجوز له قلعه، وهما كالوجهين في أن الباقي لو انفرد ببيع البناء هل يجوز؟ انتهى.

فهذه المسألة وهي انفراد الباني بالبيع قد حذفها من «الروضة» ولم يصرح بها في غير هذا الموضع، إلا أنه ذكر في باب العارية أن في جواز البيع بعد الرجوع وجهين: أصحهما الجواز ولم يتعرض للبيع قبل الرجوع، ثم ذكر في باب الإجارة أن المدة إذا انقضت كان الحكم في البناء والغراس كالحكم فيما سبق في العارية.

قوله: في المسألة: فإن صححنا فمضت المدة وقلع مالك الأرض البناء فإن بقي منتفعا به بعد النقل فهو وقف كما كان وإن لم يبق فيصير ملكاً للموقوف عليه أو يرجع إلى الواقف؟ فيه وجهان.

وأرش النقض الذي يؤخذ من القالع يسلك به مسلك الوقف. انتهى

كلامه.

تابعه النووي على حكاية الوجهين كذلك من غير تصحيح، والصحيح ليس واحداً منهما، بل الواجب شراء عقار أو جزء من عقار هذا هو قياس النظائر المذكورة في آخر الباب في الفصل المعقود لتعطيل الموقوف فراجع ذلك الفصل يتضح ما ذكرته لك وسيأتيك بعضه في هذا الكتاب.

قوله من «زياداته»: قلت: الأصح صحة وقف ما لم يره ولا خيار له عند الرؤية، والله أعلم.

وهذا الذي ذكره من تصحيح الجواز قد ذكر في «شرح المهذب» في كتاب البيع ما مقتضاه رجحان خلافه، فإنه حكى القولين في بيع الغائب وشرائه، ثم قال ما نصه: قال أصحابنا: ويجري القولان في بيع الغائب وشرائه في إجارته، وكونه رأس مال سلم إذا سلمه في المجلس وفي المصالحة عليه، وفي وقفه، هذا لفظه من غير اعتراض عليه ولا استدراك.

قوله: في الوقف على الحربي والمرتد وجهان أحدهما: الجواز كالذمي، وأصحهما: المنع؛ لأنهما مقتولان لا بقاء لهما، والوقف صدقة جارية فلما لا يوقف ما لا دوام له لا يوقف على من لا دوام له، انتهى كلامه.

وما استند إليه الرافعي ـ رحمه الله ـ في المنع ضعيف، فإن وقف ما لا دوام له لا يبقى له أثر بعد فواته، وأما إذا كان الموقوف عليه أولا، فإنه ينتقل إلى من بعده فمقصود الوقف وهو الدوام حاصل هنا بخلاف ما لا يبقى فافترقا.

قوله: ولك أن تقول: الخلاف في أنه هل يملك مخصوص بما إذا ملكه السيد، فأما إذا ملكه غيره فلا خلاف في أنه لا يملك وحينئذ فإذا كان الواقف غير السيد كان الوقف على من يملكه، انتهى كلامه.

والذي ادعاه من نفي الخلاف ذكره أيضاً في الكفارات في الكلام على

تكفير العبد، وتابعه النووي في «الروضة» على ذلك في الموضعين، وليس كما قال من نفي الخلاف فقد ذكر جماعة منهم الماوردي في كتاب الهبة أن الخلاف يجري أيضاً في غير السيد.

قوله: لو وقف علي مكاتب قال الشيخ أبو حامد: لا يصح كالوقف على القن.

قال المتولي: يصح في الحال وتصرف الفوائد إليه ويديم حكمه إذا عتق إن أطلق الوقف وإن قال: تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتباً، بطل استحقاقه، وإن عجز بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وفيه أمور:

أحدها: أن صورة المسألة فيما إذا كان مكاتباً لغيره، فإن كان مكاتباً له لم يصح صرح به الماوردي وغيره، وعبارة الرافعي و«الروضة» على مكاتب بالتنكير، وإنما نبهت على ما ذكرته بياناً للتقييد وخوفاً من التحريف.

الأمر الثاني: أن الرافعي قد ذكر قبل هذا بقليل أنا إذا صححنا الوقف على العبد نفسه فقال: وقفت علي عبد فلان، فإنما يستحق ما دام في ملكه، فإذا عتق لم يستحق شيئاً ،وحينئذ فينبغي تصوير المسألة هنا بما إذا لم يصرح بالكتابة، بل عبر بزيد مثلا، أو بهذا فاتفق أنه مكاتب.

الثالث: أن الماوردي قد جزم أيضاً بالصحة.

قوله: ولو وقف على بهيمة وأطلق لم يصح، وقيل: يكون وقفا علي مالكها، ثم قال: وحكى المتولي أنه لو قال: وقفت على علف بهيمة، فلان أو بهائم القرية وجهين كصورة الإطلاق.

قال: والخلاف فيما إذا كانت البهيمة مملوكة، فلو وقف على الوحوش أو علف الطيور المباحة فلا يصح بلا خلاف انتهى.

وهذا الذي قاله المتولي من نفي الخلاف قد اعترض عليه الرافعي في

الوصية في الكلام على الوصية للدابة، فقال: الوصية على رأي وصية للبهيمة نفسها وحينئذ فلا يتجه فرق بين المملوكة وغيرها، وهذا يعترض به على ما قدمناه عن صاحب «التتمة» في الموقف، إلى آخره.

وقد حذفه النووي من «الروضة».

قوله: ولو استبقى الواقف لنفسه التولية، وشرط أجرة، وقلنا: لا يجوز أن يقف على نفسه، ففي صحة هذا الشرط وجهان كالوجهين في الهاشمي هل يجوز أن يأخذ سهم العاملين إذا عمل على الزكاة؟ انتهى.

قال في «الروضة»: الأرجح هنا جوازه، قال: ويتقيد ذلك بأجرة المثل كما قاله ابن الصلاح فلا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه.

قوله: ولو قال لرجلين: وقفت علي أحدكما، لم يصح، وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد إذا فرعنا على أن الوقف لا يفتقر إلى القبول، انتهى.

تابعه في «الروضة» على حكايته احتمالا عنه وهو وجه ثابت جزم به بعض المتقدمين.

قال: وإذا مات ولم يبين فعلى المذهب ينبغي وقف الغلة إلى أن يصطلحا، قاله في «شرح الوسيط».

قوله: ويجوز الوقف على سبيل الله وهم المعنيون في آية الزكاة، ولو قال: على سبيل البِّر والخير، والثواب صرف إلى أقارب الواقف، فإن لم يوجدوا فإلى أهل الزكاة.

ثم قال: وفَرَّقَ بعض أصحاب الإمام فقال: إذا وقف على جهة الخير صرف إلى مصارف الزكاة ولا يبني به مسجد ولا رياط، وإذا وقف على جهة الثواب صرف إلى أقاربه، انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على نقله عن بعض أصحاب الإمام، وهو غريب، فقد حكاه الإمام نفسه وجهاً عن بعض الأصحاب لكنه زاد في الأول

الصرف إلى قراء الصبيان أيضاً.

قوله: يصح الوقف على المتفقهة وهم المشتغلون بتحصيل الفقه مبتدئهم ومنتهيهم، وعلى الفقهاء ويدخل فيه من حصل منه شيئاً وإنْ قَلَّ، انتهى كلامه.

وهذا الذي ذكره في دخول من حصل قليلاً في مسمى الفقهاء، تابعه عليه في «الروضة» حتى يستحق بالمسألة الواحدة.

لا أعلم من ذكره فإن أغلب الكتب المطولة «كالحاوي» و«البحر» و«تعليقة أبي الطيب» وغيرها ليس فيها تعرض للمسألة، والذين تعرضوا لها جزموا بأن هذا القدر لا يكفي، فذكر القاضي الحسين هنا في إحدى تعليقتيه أنه يصرف لمن حصل من كل علم شيئا، وقال في التعليقة» الأخرى: إلى من حصل من الفقه شيئاً يهتدى به إلى الباقي.

قال: ويعرف بالعادة، وقال في «التهذيب» في باب الوصية: لمن حَصَّل من كل نوع وكأن هذا هو مراد القاضي بقوله: من كل علم، وفي «التتمة» في الوصية أيضاً أنه يرجع فيه إلى العادة ، وعبر في الوقف بقوله: إلى من حصل طرفاً، وإن لم يكن متبحراً، فقد روى: أن من حفظ أربعين حديثا عد فقيها(١)، انتهى.

ولاشك أن هذا اللفظ أعني عدم التبحر هو الموقع للرافعي في الغلط، وقال الغزالي في «الإحياء»: يدخل الفاضل في الفقيه ولا يدخل المبتديء من شهر ونحوه، والمتوسط بينهما درجات يجتهد المفتي فيها والورع لهذا المتوسط ترك الأخذ، هذا كلامه ونقله عنه النووي في كتاب البيع من «شرح المهذب» وأقره.

---

(١) أخرجه البيهقي في الشعب (٢ / ٢٧٠)، حديث (١٧٢٦)، وابن عساكر في الأربعين (ص٢١، ٢٢)، والحافظ ابن حجر في الأربعين المتباينة السماع (ص٦٦) وابن حبان في المجروحين (ـ٢ / ١٣٣) من حديث أبي الدرداء رضي الله عنه.

قال الحافظ: موضوع، وقال الألباني ضعيف.

ثم إن ما ذكراه في هذا الباب قد خالفاه في الوصية وسأوضحه إن شاء الله تعالى في موضعه، ثم إنه لا يستقيم من جهة القاعدة النحوية أيضاً لأن فقيها اسم فاعل من فقه بضم القاف إذا صار الفقه له سجية وأما المكسور فمعناه فهم، والمفتوح معناه أنه سبق غيره إلى الفهم على قاعدة المغالبة، وقياس اسم فاعلهما فاقة، كما تقرر في علم العربية، وأوضحته في كتاب «التمهيد».

واعلم أن الأصحاب ذكروا في الصوفي أنه المشتغل بالعبادة في أغلب أوقاته ولما نقل الرافعي ذلك نقل عن الغزالي أنه لا يدخل في الوقف إلا إذا كان في زيهم أو مساكناً لهم وأقره هو والنووي عليه فينبغي أن يأتي مثله في الفقهاء والمتفقهة.

قوله: ولو وقف على المقبرة لتصرف الغلة إلى عمارة القبور قال في «التتمة»: لا يجوز لأن الموتى صائرون إلى البلا فالعمارة لا تلائم حالهم. انتهى.

تابعه في «الروضة» على نقل ذلك عن المتولي وإقراره عليه، وليس الأمر على ما أطلقه المتولي من المنع، فقد جزم الرافعي في أول كتاب الوصية بجواز الوصية لعمارة قبور الأنبياء والعلماء والصالحين، وعلله بأن فيه إحياء للزيارة والتبرك بها فينبغي استثناء هذه الأمور هنا أيضاً، بل تعليل الجواز هناك بإحياء الزيارة يقتضي الجواز مطلقاً هنا أو هناك، لأن زيارة الكل مستحبة.

[نعم : ذكر القاضي أبو الطيب في كتاب الجنائز من « تعليقه » : أنه لا يستحب][1] زيارة القبر إلا إذا كان صاحبه تستحب زيارته في حال الحياة، وعلى هذا يستقيم التفصيل الذي ذكره الرافعي هناك.

(١) سقط من أ .

قوله: لا يصح الوقف إلا باللفظ، إلى آخره.

تابعه في «الروضة» على إطلاق هذا الكلام، وفيه أمران:

أحدهما: أنه إذا ابتدأ بناء مسجد في موات ونوى به المسجد مثلا صار مسجداً أو لم يحتج إلى صريح القول بأنه مسجد.

قال الماوردي: لأن الفعل مع النية يغنيان هنا عن القول، قال :ويزول ملكه عن الألة بعد استقرارها في مواضعها من البناء، وهي قبل الاستقرار باقية على ملكه إلا أن يصرح قولاً بأنها للمسجد فتخرج عن ملكه؛ هذا كلامه وقياس ذلك إجراؤه في غير المسجد أيضاً من المدارس والربط وغيرها، وكلام الرافعي في باب إحياء الموات في مسألة حفر البئر في الموات يدل عليه.

الأمر الثاني: أن الوقف يصح من الأخرس بالكتب مع النية وبالإشارة سواء كانت مفهمة أم لا.

نعم :لا يترتب عليه شيء في الظاهر إلا على تقدير الإفهام.

قوله: وقول «الوجيز»: ما لم يقل جعلته مسجداً، ظاهر في أنه إذا أتى بهذا اللفظ يصير مسجداً، وإن لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف التي سنذكرها، بل حكى الإمام أن الأصحاب ترددوا في استعمال لفظ «الوقف»في ما يضاهي التحرير كما إذا قال مالك البقعة: وقفتها على صلاة المصلين، وهو يريد جعلها مسجداً.

وفي «التهذيب» و«التتمة»: أن المكان لا يصير مسجداً بقوله: جعلته مسجداً، وبه أجاب الأستاذ أبو طاهر، وهذا ذهاب إلى أنه لابد من لفظ الوقف والأشبه أنه لا بأس باستعمال لفظ الوقف وأن قوله: جعلته مسجداً، يقوم مقامه لإشعاره، بالمقصود واشتهاره فيه. انتهى ملخصاً.

فيه أمور:

أحدها: أن هذا النقل عن «التتمة» صحيح مذكور فيها في الفصل الثالث المعقود لشرائط الوقف، لكنه قد جزم في أول كتاب الوقف من «التتمة» بصحة وقف المسجد بقوله: جعلته مسجداً، على خلاف الموضع الثاني الذي اقتصر عليه الرافعي فإنه قال ما نصه:

الخامسة: إذا بنى مسجداً أو رباطاً في بعض الطرق لينزل فيه السابلة، أو جعل أرضه مقبرة ليدفن فيها الموتى فالتصرف لازم، ويسمى هذا النوع الوقف العام، إلا أن عندنا يلزم بمجرد قوله: جعلت هذا الموضع مسجداً ووقفت هذا المسكن على المارين هذا لفظه بحروفه.

الأمر الثاني: أن محل الخلاف في مصيره مسجداً بذلك إنما هو عند خلوه من نية الوقف، أما إذا قصد بقوله: جعلته مسجداً الوقف صار مسجداً، كذا صرح به القاضي الحسين.

الأمر الثالث: أن في التصحيح بقوله جعلت إشكالا يأتيك بعد هذا، وفي آخر الباب أيضاً.

الأمر الرابع: أن المنع قد قال به أيضاً القفال والقاضي الحسين والخوارزمي وغيرهم، وصار المعروف خلاف ما رجحه الرافعي بحثا واغتر به في «الروضة» فجعله الأصح.

قوله: وأظهر الأوجه أنه إذا قرن بلفظ «الصدقة» بعض الألفاظ السابقة بأن قال: صدقة محرمة، أو مؤبدة، أو موقوفة، أو قَرَنَ به ذكر حكم الوقف بأن قال: صدقة لا تباع ولا توهب، التحق بالصرائح لانصرافه ،بما ذكره عن التملك المحض.. إلى آخره.

تابعه في «الروضة» على الجمع بين البيع والهبة وينبغي الاكتفاء بأحدهما كما في الألفاظ السابقة، وفي المسألة إشكال آخر وهو أن الكناية في غير هذا لم يلحقوها بالصرائح لأجل وجود لفظ آخر.

قوله: في المسألة: وإن لم يقرن به لفظ بل نوى الوقف، نظر إن أضاف اللفظ لجهة عامة التحق بالصريح على الصحيح وإن أضاف إلي معين لم يكن وقفاً على الأصح، هكذا قاله الإمام، بل ينفذ في ما هو صريح فيه، وهو محض التملك وفي ما ذكره دلالة على أن ههنا وجهاً أنه يكون وقفاً، انتهى.

واعلم أن الغزالي قد جزم في «الوسيط» و«الوجيز» بأنه لا يكون وقفاً، ونقل في «الوسيط» الإجماع عليه فقال: واختلف المعتبرون للقرينة ـ أي اللفظية ـ في أن النية هل تقوم مقام القرينة، وهؤلاء أجمعوا على أنه لو جرى هذا مع شخص معين، فقبل لم تنفع النية بل تنفذ صدقة فإنه وجد نفاذاً في موضعه صريحاً، هذا كلامه.

وكيف يكون في «النهاية» خلاف في شيء ويدعى الغزالي الإجماع عليه؟

وبالجملة فالذي نقله الرافعي وتابعه عليه في «الروضة» خلاف ما في «النهاية»، فإنه عبر فيها بقوله: فإن عبر بلفظها ـ أي: بلفظ الصدقة ـ قائلاً متعيناً، فالأصح أنه صدقة ثبات مقتضاها تمليك الرقبة فإنها صريح في الباب، هذا لفظه من غير زيادة عليه، فلم يوجه اللفظ المشعر بالخلاف، وهو الأصح إلى كونه وقفاً أم لا، بل وجهه إلى الصدقة المقيدة للملك جزما، وحينئذ فالمقابل له هو الوقف أو البطلان بالكلية، وهو الظاهر لكونه قد صرفه من مدلوله، وفي المسألة إشكال يأتي في الوصية قبيل الكلام على المسائل الحسابية فراجعه.

قوله: فأما إذا قال جعلت هذا للمسجد فهو تمليك لا وقف فيشترط قبول القيم وقبضه كما لو وهب شيئاً من صبي، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن هذا الكلام يوهم الواقف عليه أنه صريح لا يحتاج إلى نية

لأنه جعله تمليكاً لا كناية في التمليك، ولم يشترط معه شيئا آخر، وليس كذلك فتفطن له، فقد صرح في أول الهبة بأنه كناية، فقال نقلاً عن العبادي: ولو قال: جعلته لابني، وهو صغير صار له لأن هينه منه لا تقتضي قبولاً، وهذا يلتفت إلى ما ذكرنا من الانعقاد بالكنايات، وإلى الاكتفاء بأحد الشقين، انتهى.

وأيضاً فإنه لو كان «جعلته لك» صريحاً في التمليك، كما لو قال: ملكتك، لكان قول البائع: جعلته لك بكذا، صريحاً في البيع بلا شك فإنه حينئذ يصير كقوله: ملكتك، وليس كذلك فقد نص في البيع على أنه كناية وأيضاً فقد قال الرافعي في آخر الباب الثاني من كتاب الوقف نقلاً عن «فتاوى القفال» ما نصه: وإنه لو قال: جعلت هذه الدار للمسجد، أو دفع داراً إلى قيم المسجد، وقال: خذها للمسجد، أو قال: إذا مت فاعطوا من مالي ألف درهم للمسجد، أو قال: فداري للمسجد، لا يكون شيئاً، لأنه لم توجد صيغة وقف ولا تمليك ولك أن تقول: إن لم يكن صريحاً في التمليك فلا شك في كونه كناية فيه، انتهى.

وقد استفدنا منه أن الرافعي لم يحكم على هذه المسألة بالصراحة، بل صرح بالتوقف فيها وقد ثبت بما قلناه أنه كناية فوجب القطع به.

الأمر الثاني: أن النووي قد وقع له في هذه المسألة من «الروضة» اختلاف فاحش سببه سوء الاختصار، فإنه لما ذكر الحكم المنقول عن «فتاوى القفال» لم يعزه إليه، بل جزم بنقله ثم ذكر بعد ذلك ما ذكره الرافعي من الإشكال، فاقتضى كلامه الاتفاق نقلاً على أنه لا يكون شيئا على عكس الموضع الأول وأنه ليس فيه سوى البحث المذكور.

والعجب من مصنف يجزم بشيء من غير نقله عن أحد، ثم يعترض عليه، بل الصواب، في مثل ذلك نقله عن قائله ثم يذكر ما فيه كما هو

المعتاد.

ومسألة القفال نقلها النووي إلى آخر الباب الأول.

قوله: وإن كان الوقف على شخص معين أو جماعة معينين فوجهان:

أصحهما: على ما ذكره الإمام وأخرون: اشتراط القبول، لأنه يبعد دخول عين أو منفعة في ملكه بغير رضاه.

والثاني: أنه لا يشترط واستحقاق الموقوف عليه المنفعة كاستحقاق منفعة نفسه، وبهذا أجاب صاحب «التهذيب» وكذا القاضي الروياني وخصص في «التتمة» الوجهين بما إذا قلنا: الملك في الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه.

فأما إذا قلنا: بانتقاله إلى الله تعالى أو ببقائه للواقف، فلا يشترط، انتهى كلامه.

وليس فيما ذكره تصريح برجحان عنده ولا عند الأكثرين إلا أنه قد صرح في «المحرر» بتصحيح الاشتراط فقال ما نصه: والأصح في الوقف على المعين اشتراط القبول.

وكلامه في «الشرح الصغير» فيه إشعار به، ونقل في «الروضة» من «زياداته» عن «المحرر» تصحيحه ولم يذكر غير ذلك من موافقة ولا مخالفة ووافقه عليه في «المنهاج» لكنه رجح خلافه في «الروضة» أيضاً في الباب الثاني من كتاب السرقة، فقال في أثناء زيادة له: إن المختار أنه لا يشترط هذه عبارته.

والمختار في «الروضة» ليس هو في مقابلة الأكثرين، بل بمعنى الصحيح والراجح ونحو ذلك، ونقل في «شرح الوسيط» عن نص الشافعي أنه لا يشترط، وصححه خلائق منهم الماوردي، وهو مقتضى كلام صاحب «التنبيه» فإنه ذكر الإيجاب ولم يشترط القبول بل قال بعده: وإن وقف على رجل بعينه ثم علي الفقراء فرد الرجل، هذه عبارته فدل على أنه لا يشترط

القبول، بل يشترط أن لا يرد، وذكر في «المهذب» نحوه.

قوله: في أصل «الروضة»: هذا في البطن الأول، أما البطن الثاني والثالث، فنقل الإمام والغزالي أنه لا يشترط قبولهم قطعاً لأن استحقاقهم لا يتصل بالإيجاب، انتهى كلامه.

والذي قاله من كون الإمام والغزالي نقلاً أنه لا يشترط قطعاً ليس كذلك، بل صرح الإمام في «النهاية» بالخلاف فيه وكذلك الغزالي في «البسيط»، وعبارة الرافعي: أما البطن الثاني والثالث فلا يشترط قبولهم في ما نقله الإمام وصاحب «الكتاب»، وأجرى المتولي فيه الخلاف، وهذا اللفظ قابل للتأويل، وإن كان يوهم جزمهما بعدم الاشتراط.

قوله: الثانية: إذا كان الوقف منقطع الأجر كقوله وقفت هذا على أولادي ولم يذكر من يصرف إليه بعده، ففيه قولان أصحهما: عند الأكثرين صحته، ثم قال: وعن صاحب «التقريب» قول ثالث: أنه إن كان الموقوف عقاراً فلا يصح، وإن كان حيواناً صح لأن مصيره إلى الهلاك، فكما يجوز فوات الموقوف [مع بقاء الموقوف عليه][(١)] يجوز فوات الموقوف عليه مع بقاء الموقوف، انتهى كلامه.

وسكت ـ رحمه الله ـ عن غير الحيوان من المنقولات كالثياب، والأثاث والكتب، ويظهر إلحاقها بالحيوان، وتعليله يرشد إليه.

قوله: وقف على معين يصح الوقف عليه ثم على الفقراء فرده المعين، وقلنا بالصحيح أنه يرتد بالرد فمنقطع الأول، انتهى كلامه.

وقد علم منه أن الصحيح بطلانه في حق الفقراء وقد تابعه النووي في «الروضة» على ذلك وخالف في تصحيح «التنبيه» فصحح الصحة في حقهم، والمعروف هو الأول.

---

(١) سقط من أ.

قوله: ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد بأصحاب الحديث أو الرأي، أو بطائفة معلومة فوجهان:

أحدهما: أن شرطه غير متبع لأن جعل البقعة مسجداً كالتحرير فلا معنى لاختصاصه.

والثاني: يصح ويختص بهم مراعاة لشرط الواقف وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر ويشبه أن تكون الفتوى به، ثم الوجهان في ما إذا قال: على أصحاب الحديث، فإذا انقرضوا فعلى عامة المسلمين.

أما إذا لم يتعرض للانقراض فقد ترددوا فيه، انتهى ملخصاً.

ومدرك التردد احتمال انقراض هذه الطائفة ولاسيما إذا كانت الطائفة معينين كزيد وعمرو وحينئذ فيكون منقطع الأخير، والأصح فيه: الصحة، ولهذا صححه هنا في «الروضة» وقد جزم القفال في فتاويه بصحة هذا الوقف وأنه لو بقي واحد كان له منع الغير.

واعلم أن المراد بأصحاب الحديث الفقهاء الشافعية وبأصحاب الرأي الفقهاء الحنفية وهذا عرف أهل خراسان.

قوله: ولو شرط في المدرسة والرباط الاختصاص [اتبع شرطه، ولو شرط ذلك في المقبرة فالوجه أن يرتب على تخصيص](١) المسجد، إن قلنا: يختص فالمقبرة أولى، وإلا فوجهان لترددها بين المسجد والمدرسة، والثاني: أظهر فإن المقابر للموتى كالمساكن للأحياء، انتهى كلامه.

واعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد جزم في الفصل الثاني من الباب الذي يلي هذا بأن المقبرة كالمسجد في كونه للتحرير، فقال: في الكلام على الأقوال في مالك الموقوف: فأما إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة فهو فك عن الملك كتحرير الرقبة فينقطع عنه اختصاصات الأدميين، هذا لفظه.

---

(١) سقط من أ.

والتصحيح المذكور هنا والتعليل لا يجتمعان معه، فإنه علل المنع في المسجد بالتحرير والفرض أنه موجود في المقبرة، وعلل اختصاص [المقبرة بأنها كمساكن الأحياء وهو إنما يتم إن لو قلنا ببقاء إختصاص](١) الآدميين فيها، وعدم التحرير.

أما إذا قلنا بالتحرير وعدم الاختصاص فليست كالمساكن قطعاً، فظهر أن الوضعين لا يجتمعان، وقد تبعه في «الروضة» عليهما وما تقدم في وقف المسجد على طائفة معينة يشكل عليه أيضاً فراجعه.

قوله: إحداها: لو قال: وقفت كذا، واقتصر عليه فقولان: أصحهما عند الأكثرين البطلان.

ثم قال: واحتجوا للصحة بأنه لو قال: أوصيت بثلث مالي، واقتصر عليه تصح الوصية، وتصرف إلى الفقراء والمساكين، وهذا إن كان متفقاً عليه فالفرق مشكل، انتهى.

وليس كما زعمه من الإشكال، والفرق من وجهين ظاهرين ذكرهما أيضاً النووي:

أحدهما: أن غالب الوصايا للمساكين فحمل المطلق عليه بخلاف الوقف.

الثاني: أن باب الوصية أوسع لصحتها بالمعدوم والمجهول والنجس بخلاف الوقف .

قوله: الثانية: وقف على شخصين ثم على المساكين فمات أحدهما ففي نصيبه وجهان أظهرهما ويحكى عن نصه في «حرملة» أنه يصرف إلى صاحبه.

والثاني: أنه للمساكين، والقياس وجه ثالث وهو أن لا يصرف إلى

---

(١) سقط من أ.

صاحبه ولا إلى المساكين، ويقال صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن هذا الترجيح الذي ذكره للوجه الثالث ذكره أيضاً في «الشرح الصغير» ولم يذكر ترجيح غيره أصلا، ومقتضاه أن يكون هو الراجح عنده على أن في بعض نسخ «الكبير» أحدهما عوضاً عن قوله: أظهرهما، ويؤيد هذه النسخة استبعاد الجمع بينه وبين التصريح بأن القياس غيره لأن اللفظين في المعنى واحد.

نعم: لو ذكر أنه الأظهر من جهة النقل لاستقام، وقد أسقط في «الروضة» كون الثالث وجهاً وحكاه في صورة البحث فقط، وقد صرح الرافعي بعد هذا بقليل بحكايته وجهاً، ذكر ذلك في أول الباب الثاني.

الأمر الثاني: أن المراد بكونه منقطع الوسط أنه يصرف مصرفه لا أنه يجيء خلاف في صحته وقد نبه عليه في «الروضة».

الباب الثاني: في «حكم الوقف الصحيح»

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في أمور لفظية

قوله: ولو زاد فقال ما تناسلوا أو بطناً بعد بطن فلا ترتيب ويحمل على التعميم، وعن الزيادي أن قوله: بطنا بعد بطن، يقتضي الترتيب، وبه أجاب بعض أصحاب الإمام، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره من عدم الترتيب ذكره أبو عاصم العبادي وأبو القاسم الفوراني والبغوي فتبعهم الرافعي عليه، ثم إن النووي تبع الرافعي في ذلك، وهو مردود نقلاً وبحثاً، أما الأول فلأن غالب من تكلم على المسألة أجاب بأنه للترتيب فقد قطع به البندنيجي والماوردي في «الحاوي» وكذلك الإمام في «النهاية» وبه أجاب الغزالي أيضاً واختاره القاضي حسين في «فتاويه» وقال في «تعليقته»: إنه الصحيح وقطع به صاحب «الذخائر» وصححه صاحب «التعجيز» فقال: يرتب خلافاً للبغوي وأفتى به الشيخ تقي الدين ابن رزين على ما هو مذكور في «فتاويه»، وقد نقله الرافعي عن الزيادي وبعض أصحاب الإمام، وكأنه لم يمعن على هذه المسألة، ويدل عليه أنه لم ينقله عن الإمام، بل عن بعض أصحابه مع أنه مقطوع به في كلام الإمام نفسه.

وأما الثاني ـ وهو بطلانه من جهة البحث ـ فلأن لفظة «بعد» في اقتضاء الترتيب أصرح من «ثم»، و«الفاء» وغيرها وقد جزم فيها باقتضاء الترتيب فما نحن فيه أولى.

الأمر الثاني: أن جزمهم بعدم الترتيب إذا لم يذكر الواقف ذلك واقتصر

على وقفت علـى أولادي وأولاد أولادي فيه إشكال أيضـاً لأن الماوردي قد نقل في باب صـفة الوضـوء من «الحاوي» عن أكـثر أصحـابنا أن الواو تدل على الترتيب [فكان قياسه أن يكون الأكثرون على الترتيب][1] هنا وهم لم يقولوا به بل لم يحكوا فيه خلافاً أصلاً.

قوله: ولا يصـرف إلى البطن الثاني شيء مـا بقي من البطن الأول أحد، هكذا أطلقـه الجمهـور، والقيـاس في ما إذا مات واحـد من البطن الأول أن يجيء في نصيبه الخلاف المذكور في ما إذا وقف على شخصين أو جماعة ثم على المساكين فمات واحد إلى من يصرف نصيبه؟ انتهى.

والفرق بين المسـألتين ظاهر، وذلك أن القصـد من الوقف على الأولاد وأولاء الأولاد تمليك القـرابة على الجملة على النعت الذي شـرطه لا تمليك كل واحد منـهم شيئـا مقـدرا، فإنه لو كان الـقصد ذلك لامـتنع أن ينقص أحدهما عما استحقه حال الوقف، وذلك ليس ممتنعاً بدليل أنه إذا حصل له ولد أو ولد ولد يتناول الموجود في ما كان ينفـرد به فإذا كان هذا هو المقصد فلا يعـدل عنه عند إمكانه وهو مع بقـاء واحد ممكن، وليس كـذلك الوقف على شـخصين، ثم على المسـاكين فإن القـصد ظاهر في تمليك كـل واحد منهما النصف بدليل عـدم تطرق النقص عنه، وهو لو قال: وقفت على هذا النصف وعلى هذا النصف، لم ينتـقل نصيب أحـدهما للآخر عند فـقده، فكذلك ههنا.

قال ابن الرفعـة: وقد يلخص هذا الفرق فيقال: لما قـبل نصيب الموجود دخول النقص عليه.

قيل: الزيادة لفهم المعنى، ولما لم يقـبل نصيب أحد الرجلين النقص لم يقبل الزيادة لفهم المعنى.

---

(١) سقط من أ.

قوله: وكذا الأولاد الحادث علوقهم بعد الوقف يستحقون إذا انفصلوا هذا هو الصحيح المقطوع به في الكتب، وفي «أمالي» السرخسي [خلافه، انتهى.

وما زعمه من قطع الأصحاب بمخالفة السرخسي](١) غريب ، فإن الرافعي كثير النقل عن «فتاوى القفال» وقد رأيت فيها الجزم به، ونقله أيضاً القاضي حسين عن «البويطي»، ثم قال: إنه الصحيح عندي، كذا ذكره في إحدى «تعليقتيه» وقال في الأخرى: الظاهر دخولهم، وقد سبق في مقدمة الكتاب إيضاح اختلاف التعليق عنه، وجزم أيضاً بعدم الدخول القاضي أبو الطيب في «المجرد» كما حكاه عنه الروياني في «البحر»، ثم إن الرافعي قد نقله أيضاً بعد هذا عن «البويطي».

قوله: واسم المولى يقع على المعتق ويقال له: المولى الأعلى، وعلى العتيق ويقال له: المولى الأسفل، فإذا وقف على مواليه وله موالي من أعلى وموالي من أسفل ففيه أوجه: أصحها في «التنبيه» أنه يقسم بينهما.

وأرجحها: عند الغزالي أنه يبطل إلى آخره.

فيه أمور:

أحدها: أنه لم يصرح بتصحيح في «الشرح الصغير» أيضاً ولا في «المحرر»، بل قال فيه: رجح كلاً مرجحون وتبعه صاحب «الحاوي الصغير» على التعبير به، والأصح ما قاله صاحب «التنبيه» من القسمة فقد صححه أيضاً القفال الكبير وابن القطان والفوراني والقاضي أبو الطيب والجرجاني والنووي في «زوائد الروضة» ونص عليه الشافعي كما نقله عنه في «المطلب».

الأمر الثاني: أن الشافعي في «البويطي» قد نص في ما لو قال: وقفت

---

(١) سقط من أ .

علي موالي من أسفل، فإنه يدخل أولاد المولى، وقياس ما قاله دخول أولاد الموالي من أعلى حيث أدخلنا آباءهم إما وحدهم أو مع الموالي من أسفل، إلا أن الشافعي لم يبين أن دخول الأولاد هل هو عند فقد آبائهم أو مطلقاً؟ وفيه نظر.

الأمر الثالث: أن الرافعي عبر أولاً بلفظ «المولى» ثم صور المسألة بالموالي أعني بلفظ «الجمع» ولا شك في مجيء الخلاف في حالة الجمع، وأما حالة الإفراد فكذلك عند القاضي أبي الطيب وابن الصباغ فإنهما ذكر الخلاف في حالة الإفراد، وقال الإمام: لا يتجه الإشتراك وتنقدح مراجعة الواقف.

الأمر الرابع: أن النووي لما صحح من «زياداته» القسمة قال بعده: وحكى الدارمي وجهاً خامساً أنه موقوف حتي يصطلحوا، وليس بشيء، هذا لفظه، وهو غريب فقد حكاه هو في كتاب الوصية في الكلام على الوصية للوالي قولا فقال: وفي قول عن رواية «البويطي» : يوقف إلى الاصطلاح ، هذا لفظه.

قوله: ولو وقف على عترته فعن ابن الأعرابي وثعلب أنهم ذريته، وقال القتيبي: هم عشيرته، وهما وجهان للأصحاب، أصحهما الثاني، انتهى.

قال في «الروضة»: هذان المذهبان مشهوران لأهل اللغة، لكن أكثر من جعلهم عشيرته خصهم بالأقربين.

قال الأزهري: قال بعض أهل اللغة، عترته عشيرته الأدنون.

وقال الجوهري: عترته نسله ورهطه الأدنون .

وقال الزبيدي: عترته أقرباؤه من ولد وغيره .

ومقتضى هذه الأقوال أنه يدخل ذريته وعشيرته الأدنون هذا هو الظاهر المختار، هذا كلام النووي.

قوله: ولو قال: وقفت على بني الفقراء، أو على بناتي الأرامل، فمن استغنى منهم أو تزوج منهن خرج عن الاستحقاق، فإن عاد فقيرا أو طلقها زوجها عاد الاستحقاق، انتهى كلامه.

تابعه عليه في «الروضة» وهو يشعر أو يوهم أن المرأة قبل أن تتزوج تأخذ من هذا الوقف، وأنه يصدق عليها أنها أرملة وليس كذلك، بل الذي نص عليه الشافعي أن الأرملة هي التي فارقها زوجها، حتى أن من لم يتقدمها زوج لا تسمى أرملة، ونقله عنه إمام الحرمين، وقال في «الروضة» من «زياداته» في باب الوصية: إنه الأصح، ولم يصرح الرافعي هناك بتصحيح، ثم إن لهن شرطاً آخر لم يذكره هنا وهو الفقر، فإن المرجح على ما يقتضيه كلام الرافعي والنووي في الوصية اشتراطه.

قوله: من «زياداته»: ولم أرلأصحابنا تعرضاً لاستحقاقها في حال العدة، وينبغي أن يقال: إن كان الطلاق بائناً، أو فارقت بفسخ أو وفاة استحقت لأنها ليست بزوجة في زمن العدة، وإن كان رجعياً فلا لأنها زوجة ، انتهى كلامه.

وما ادعاه من عدم الوقوف عليها غريب فإن المسألة قد نص عليها غير واحد على وفق البحث الذي ذكره، ونقلها هو عنهم في كتاب الوصية تبعاً للرافعي، فقال: واسم الأرامل يقع على اللواتي مات عنهن الأزواج، وعلى المتختلعات والمبتوتات دون الرجعيات، والأيامى غير ذوات الأزواج، هذه عبارة الأستاذ وبها أخذ الإمام، انتهى كلامه.

ولم يحك فيها غير ذلك.

قوله: والصفة والاستثناء عقب الجمل المعطوف بعضها علي بعض يرجعان إلى الكل، مثال الصفة: وقفت على أولادي وأحفادي وأخوتي المحتاجين منهم.

ومثال الاستثناء : إلا أن يفسق واحد منهم، هكذا أطلقه الأصحاب.

ورأى الإمام تقييده بقيدين:

أحدهما: أن يكون العطف بالواو، فإن كان بـ«ثم» اختصت بالجملة الأخيرة.

والثاني: أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل، ثم قال في آخر كلامه: والصفة المتقدمة على جميع الجمل كقوله: وقفت على فقراء أولادي وأولاد أولادي وأخوتي، كالمتأخرة حتى يعتبر الفقر في الجميع، انتهى كلامه.

وفيه أمور:

أحدها: أن تمثيل الجمل بما ذكره غير مستقيم، بل هذا من عطف المفردات، فالصواب تمثيله بما ذكره الإمام في الأصول كقوله: وقفت على فلان داري وحبست على أقاربي ضيعتي وسَبَّلْتُ على عتقائي بستاني.

نعم : إن قلنا: إن العامل في المعطوف هو فعل مقدر بعد الواو استقام ذلك ولكن المعروف أن العامل هو الأول بواسطة الحرف.

وإذا علمت ما ذكرناه ظهر لك أنه لابد من أحد مسلكين وهو إما الأخذ بمثالهم ويكون قد تجوزوا بتسميته ذلك جملا حتى لو كان جملاً حقيقة لم يعد ذلك إلى الجميع.

وإما الأخذ بما قالوه من الجمل ويلزم منه العود إلى المفردات بطريق الأولى إلا أن ذلك يبعد القول به في الصفة المتقدمة على الجمل، لأن المفردات تكون معطوفة على ما أضيف إليه الصفة فيكون المضاف مقدراً في الكل.

وأما الجمل كقوله: وقفت على فقراء أولادي وسَبَّلْتُ على أخوتي وحبست على عتقائي، فكل واحدة مستقلة والصفة مع الأولى خاصة، ولا يأتي فيها ما يأتي في المتأخرة فإن عودها إلى الكل صحيح فتأمل ذلك،

والظاهر ما قالته الشافعية في الصفة المتأخرة لا المتقدمة على الجمل فاعلمه.

الأمر الثاني: أن ما ذكره هنا من عودة الاستثناء إلى الكل قد ذكر ما يخالفه في الباب الرابع من كتاب الطلاق فقال: الظاهر عوده إلى الأخير، انتهى.

وتابعه النووي في «الروضة» علي الموضعين وعبر بالأصح عوضا عن الظاهر، وزاد موضعا ثالثا في أول كتاب الأيمان موافقا للمذكور هنا وعبر فيه بالصحيح، وصور المسألة هنا بالاستثناء «بإلا» وفي الطلاق والأيمان، «بإن» كقوله إن شاء الله والحكم عندهم واحد.

الأمر الثالث: أن كلام الرافعي يقتضي اختصاص ما ذكره بالجمل المعطوفة لكنه قد نقل في أول كتاب الأيمان عن القاضي أبي الطيب عود الاستثناء إلى الجملتين بلا عطف، وأقره فقال: قال القاضي أبو الطيب: لو قال: إن شاء الله أنت طالق، عبدي حر، لم تطلق ولم يعتق لأن حرف العطف قد يحذف مع إرادة العطف، وعد من هذا القبيل التحيات المباركات، وليكن هذا في ما إذا نوى صرف الاستثناء إليهما، فإن أطلق فيشبه أن يجيء خلاف في أنه يختص بالجملة الأولى أم يعمهما؟ هذا كلامه.

الأمر الرابع: أن ما ذكره من إطلاق الأصحاب غير الإمام ليس كذلك فقد نقل ـ أعني: الرافعي ـ في باب تعدد الطلاق عن المتولي أن الشرط يعود إلى الجملتين إذا كان العطف بـ«ثم»، وأقره هو والنووي عليه، والشرط قسم من أقسام الاستثناء كما صرح به الرافعي في الباب الأول الذي يلي الباب المذكور وهو المعقود للاستثناء وذكر ـ أعني : الرافعي ـ في باب تعدد الطلاق أيضاً بعد الموضع المشار إليه بدون ورقة أن العطف بـ « بَل» لا يعود معه الشرط إلى الجملة الأولى على الصحيح، بل يختص بالثانية كقوله: أنت طالق واحدة بل ثلاثاً إن دخلت الدار. والله أعلم .

قال رحمه الله:

الفصل الثاني: في الأحكام المعنوية

قوله: ومنها اللزوم في الحال سواء أضافه إلى ما بعد الموت أم لم يضفه وسواء سلمه أم لم يسلمه. انتهى لفظه بحروفه.

وتعبيره بقوله «سواء» أضافه إلى ما بعد الموت تعبير فاسد، فإن مدلول إضافة الوقف إلى ما بعد الموت أن يقول: وقفته بعد موتي، والوقف لا يحصل بهذا في الحال فضلاً عن كونه لازماً، بل قالوا: إنه يكون وصية بالوقف، وقد أشار الرافعي بعد ذلك إلى الذي احترز عنه فقال: عقبه وعن أبي حنيفة أن الوقف كالعارية يرجع عنه متى شاء إلا أن يوصي به فيلزم بعد الموت أو يقضي به قاض، وعن أحمد رواية أنه لا يلزم إلا بالتسليم.

هذا لفظه، وحاصله أن الوقف غير لازم، فإن أوصى الواقف باستمراره لزم بموته كسائر الوصايا ولا شك أن الرافعي أشار إلى هذا الكلام لكن عبارته لا تقيده لما قلناه من أن مدلول إضافته إلى ما بعد الموت أن يقول: وقفته بعد موتي، وبتقدير أن يكون المراد هو الوصية فلا يصح أيضاً لأن أبا حنيفة لا يقول بلزومه في الحال أصلاً سواء أوصى به أو لم يوص به فكيف يجيء الاحتراز؟ .

وقد حذف النووي من «الروضة» ذكر هذه المذاهب التي أشار إليها الرافعي بالاحتراز فصار أبلغ في الالتباس من كلام الرافعي.

وقد يجاب عن كلام الرافعي بجواب آخر فيقال: مراده ما إذا أنجز الوقف ولكن علق الإعطاء إلى الموقوف عليه بالموت، فإن صاحب «البيان» قد ذكر في هذا الباب كلاما حاصله جواز مثل ذلك هنا إلحاقا بالوكالة، فإن تعليقها ممتنع وأما تنجيزها وتعليق التصرف فجائز.

قوله: وإن كان الموقوف شجرة ملك الموقوف عليه ثمارها ولا يملك أغصانها، إلا فيما يعتاد قطعه كشجر الخلاف، انتهى.

وما ذكره عن الإقتصار على استثناء ما يعتاد قطعه، تابعه عليه في «الروضة» أيضاً واستثنى الإمام أيضاً ما إذا شرط قطع أغصان الأشجار وهو ظاهر، لأنها تلتحق والحالة هذه بالثمار، وفي معناه ما رواه الروياني عن ابن سريج أنه إن وقف أصل الشجرة دون أغصانها جاز قطعها وبيعها إلا أن الأغصان في المسألة الثانية إذا كانت موجودة حالة الوقف تكون ملكا للواقف فاعلمه.

قوله: وإن كان الموقوف بهيمة ملك صوفها ووبرها ولبنها، ويملك نتاجها أيضاً على الأظهر، وقيل: يكون وقفاً تعباً لأمه، وقيل: يملك ولد النعم دون ولد الفرس والحمار، وقيل: يكون لأقرب الناس إلى الواقف، ثم قال: وهذا المذكور في الدَّر والنسل هو في ما إذا أطلق، أو شرطهما للموقوف عليه فلو وقف دابة على ركوب إنسان ولم يشترط له الدَّر والنسل، قيل: حكم الدَّر والنسل حكم وقف منقطع الأخير، وقال صاحب «التهذيب»: ينبغي أن يكون للواقف وهذا أوجه، فإن الدَّر والنسل غير داخلين في الوقف، انتهى كلامه.

وهو يقتضي جريان الخلاف في كون الولد ملكاً أو وقفاً وإن جعله للموقوف عليه وقد تابعه عليه في «الروضة» وهو غير معقول، بل الصواب في هذه الحالة تمليكه للموقوف عليه، وقد صرح الماوردي [بالمسألة وجعل محل الخلاف][1] في ما إذا وقفها للركوب والحمل، فإن وقف للنسل فيكون ملكا للوقوف عليه قطعاً.

قوله: هذا إذا كان الوقف مطلقاً، فإن قال: وقفت داري ليسكنها من يعلم الصبيان في هذه القرية، فللمعلم أن يسكنها وليس له أن يسكنها غيره

(١) سقط من أ.

بأجرة ولا بغيرها، ولو قال: وقفت داري على أن تستغل وتصرف غلتها إلى فلان، تعين الاستغلال، كذا ذكرت الصورتان في «فتاوى» القفال وغيره، انتهى.

واعلم أن الرافعي ذكر في كتاب الوصية في القسم الثاني من الباب الثاني مسائل متعلقة بما نحن فيه فقال: أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعه حياتك فهو إتاحة وليس تمليك، فليس له الإجارة وفي الإعارة وجهان، انتهى.

والقياس جريان هذين الوجهين أيضاً في الإعارة هنا، ثم قال: ولو قال أوصيت لك بأن تسكن هذه الدار أو بأن يخدمك هذا العبد فهو إباحة أيضاً لا تمليك بخلاف قوله أوصيت لك بسكناها وخدمته هكذا ذكره القفال وغيره، لكنا ذكرنا وجهين في ما إذا قال: استأجرتك لتفعل كذا، أن العقد الحاصل إجارة عين أم إجارة في الذمة؟ فإن قلنا: إنها إجارة في الذمة فينبغي أن لا يفرق ههنا بين قوله: بأن يسكنها، أو بسكناها انتهى وما ذكره القفال من التفرقة بين السكنى، وبين أن يسكن، والرافعي من تخريجه على الخلاف فيأتي أيضاً هنا، ثم قال: أعني الرافعي أيضاً هناك ما نصه: وفي «فتاوى القفال» أنه لو قال: أطعموا فلانا كذا مَنًّا من الخبز مالي، اقتضى تمليكه كما في إطعام الكفارة، ولو قال: اشتروا الخبز واصرفوا إلى أهل محلتي، فسبيله الإباحة، انتهى.

وهذا التفصيل بعينه يأتي أيضاً هنا حتى إذا قال: وقفت داري على أن يشتري بغلتها خبز ويصرف إلى الرباط الفلاني أو الخانقاة لم يجز لأحد التصرف فيه بغير الأكل.

قوله: لا يجوز وطئ الجارية الموقوفة فإن وطئت فلها أحوال:

أحدها: أن يطأها أجنبي فإن كان هناك شبهة فلا حر ويجب المهر،

والولد حر وعليه قيمته وتكون ملكاً للموقوف عليه، إن جعلنا الولد ملكاً، وإلا فيشتري بها عبداً ويوقف، انتهى.

وما ذكره من شراء العبد قد تبعه عليه في «الروضة»، وهو إنما يتجه إذا كان الولد ذكراً فإن كان أنثى فيتعين شراء الأنثى كما لو قتل الموقوف، وذلك لأن الأجل على هذا الوجه كون الولد وقفاً، وإنما خالفناه لكون الواطئ معذورا، وإلا فخصوصية العبد لا أثر له.

قوله: الثانية أن يطأها الموقوف عليه ولا شبهة فقد قيل لأحد عليه لشبهة الملك، وهذا ما أورده صاحب «الشامل» والأصح أنه يبني على أقوال الملك أن جعلناه له فلا حد وإلا فعليه الحد ولا غيره يملك المنفعة كما لو أوصى الموصى له بالمنفعة الجارية وهل الولد ملك أو وقف؟ فيه الوجهان في نتاج البهيمة، الأصح: أنه ملك، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما صححه من البناء على أقوال الملك هو ما صححه القاضي حسين فتبعه المتولي، ثم الرافعي، والمعروف إلحاقه بوطء الشبهة حتى لا يجب الحد، ويكون الولد حراً، فقد حكاه القاضي الحسين عن أصحابنا، وإن رجح هو خلافه وذهب إليه أيضاً البندنيجي والقاضي أبو الطيب وسليم الرازي وابن الصباغ والروياني، وقال في «النهاية» و«البسيط»: إنه المذهب ثم أن الإمام أحمد ممن يقول: إن الملك للموقوف عليه، والإمام مالك يقول: بأنه باق على ملك الواقف واختلاف العلماء من أقسام الشبهة، ويعبر عنه بشبهة الطريق، وقد قال أصحابنا: إن المشتري شراء فاسدا يكون وطئه شبهة لأن أبا حنيفة يقول بالملك، وإن كان لا يبيح الوطء به، والذي قالوه هناك موجود بعينه هنا بل أولى لأن الخلاف في الملك ثابت عندنا أيضاً.

الأمر الثاني: أن ما صححه هنا من وجوب الحد على الموصي له بالمنفعة قد تبعه عليه في «الروضة» أيضاً وخالفاً ذلك في كتاب الوصية فصححا عدم الوجوب، وسأذكره في بابه إن شاء الله تعالى.

قوله: ويجوز تزويج الأمة الموقوفة في أظهر الوجهين، وعلى هذا فإن جعلنا الملك للموقوف عليه فهو الذي يزوجها، وإن قلنا: لله تعالى، فيزوجها السلطان فإن الموقوف عليه، وإن قلنا: للواقف، فتزويجها بإذن الموقوف عليه، انتهى.

وهذا الإطلاق قد تبعه عليه في «الروضة» أيضاً ويتجه تخصيصه بما إذا كان النظر في الوقف لمن قبلنا الملك له، فأما إذا شرط الواقف النظر لنفسه، أو لأجنبي فيكون الناظر هو الذي يزوج، كما أنه يؤجر، وقد صرح به الماوردي فقال: يزوجها مستحق الولاية على الوقف وتبعه عليه في «شرح الوسيط».

قوله: فرع: ليس للموقوف عليه أن يتزوج بها إن قلنا إنها ملكه، وإلا فقد قيل بزواجه، والظاهر المنع احتياطاً، وعلي هذا فلو قال: وقفت عليه زوجته، انفسخ النكاح، انتهى.

وما ذكره في آخر كلامه من انفساخ النكاح بمجرد هذا القول مخالف لما صححه في «المحرر» من اشتراط القبول وموافق لما رجحه النووي في السرقة، وعلى هذا فلو رد بعد ذلك فيتجه الحكم ببطلان الفسخ ويحتمل خلافه.

قوله: وقبول المتولي للنظر يشبه أن يجيء فيه ما في قبول الوكيل وقبول الموقوف عليه انتهى.

ذكر في «الروضة» مثله لكن الراجح عند الرافعي أن الوكيل لا يشترط فيه القبول باللفظ، وفي الموقوف عليه عكسه، فالجمع بينهما متأتٍ ولا شك

أن شبهه بالوكيل أظهر لاشتراكهما في التصرف ولجواز الامتناع منهما بعد قبولها بخلاف السريع.

قوله: ووظيفة المتولي العمارة والإجارة وتحصيل الريع وقسمتها.. إلى آخره.

سكت ـ رحمه الله ـ عن أمر المتولي على المدرسة هل نترك الطلبة له أو إلى المدرس؟ وقد ذكره الشيخ عز الدين في «القواعد الكبرى» فقال: إن ذلك للمدرس لا للناظر، لأنه أعرف بأحوالهم ومراتبهم وسكت عن الصوفية، وفي إلحاقهم بالفقهاء نظر، قال: ويجب تفرقة المعلوم المقرر لهم في مكان الدرس لأنه المألوف ولا يظهر به مراعاة بعضهم في القرب والبعد قال: وعلى المدرس إلقاؤه في الوقت المعهود وهو ما بين طلوع الفجر إلى الزوال.

قوله: فرع: للواقف أن يعزل من ولاه وينصب غيره كما يعزل الوكيل، وكأن المتولي نائب عنه، وقيل: ليس له العزل، لأن ملكه قد زال فلا تبقى ولايته عليه ويشبه أن تكون المسألة مفروضة في التولية بعد تمام الوقف دون ما إذا وقف، بشرط أن تكون التولية لفلان،لأن في «فتاوى البغوي» أنه لو وقف مدرسة، ثم قال لعالم: فوضت إليك تدريسها، كان له تبديله بغيره ولو وقفها بشرط أن يكون فلاناً مدرسها، أو قال حال الوقف: فوضت تدريسها إليه، فهو لازم لا يجوز تبديله، كما لو وقف على أولاده الفقراء لا يجوز التبديل بالأغنياء، وهذا حسن في صيغة الشرط وغير متضح في قوله وقفتها وفوضت التدريس إليه . انتهى.

قال في «الروضة»: هذا الذي استحسنه الرافعي هو الأصح أو الصحيح، ويتعين أن تكون صورة المسألة كما ذكر ومن أطلقها فكلامه محمول على هذا، انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحـدها: أن الخلاف المذكور في أول كلامـه مشكل لا يتصور لأنه علل الثاني منه بعدم الولاية لانتفاء الملك، وحينئذ فنقول لا جائز أن تكون صورة المسألة حال اشتراط النظر له لأجل ما صرح به من انتفاء الولاية ولا جائز أن تكون مع السكوت عنه، لأنه لا ولاية له في هذه الحالة علي الصحيح، وأما مع اشتراط النظر لغيره فواضح.

فتلخص أن ما ذكره من تصحيح جواز العزل والولاية مع التعليل بانتفاء الولاية كلام متهافت.

الأمر الثـاني: أن ما نقله عن فتاوى البغوي من أنه إذا قال وقفت بشرط أن يكون فلان مدرساً، صح كـيف يستقيم مع أن هذه الصيغة صـيغة شرط وزيد قد يقـبل التدريس وقد لايقبـله بخلاف ما لو قال وقـفت وشرطت له ذلك فتأمله.

وقد راجعت عبارة البـغوي في «فتاويه» فوجدت تعبيره صـحيحاً، فإنه عـبر بقـوله: إذا وقف مدرسـة على أصـحاب الشـافعي وشـرط أن يكون [فـلان][(١)] مدرسها، وقال حالة الوقف: فـوضت التدريس إلى فلان، فهو لازم لا يبدل المدرس، كـما لو قال: وقفت هذا على أولادي الفـقراء، هذا لفظه بحروفه، وهو تعـبير صحيح منطبق على التعـبير الذي ذكرناه وهو أن يقول: وقفت وشرطت له.

الأمر الثـالث: أن ما توقف فيه الرافعي ـ وهو: التفويض حالة الوقف ـ توقف ضعيف، فإن الكلام بأخره ويوضحـه أيضاً ما تقدم نقله عن «فتاوى البغوي» فتأمله.

فتلخص أن ما ذكره البغوي حسن في الثاني غير متضح في الأول وعلى

(١) سقط من ب.

العكس مما ذكره الرافعي.

الأمر الرابع: أن الزيادة التي ذكرها النووي متعلقة بمسألتين.

فأولهما: متعلق بقول الرافعي وهذا حسن إلى آخره.

وأخرهما: وهو قوله: ويتعين متعلق بقوله أولا، ويشبه أن تكون المسألة مفروضة.. إلى آخره.

الخامس: أن ما أطلقه الرافعي من جواز العزل وتبعه عليه في «الروضة»، واقتضى كلامه أنه لا فرق بين أن يكون لسبب أم لا قد ذكر في «الروضة»، من «زوائده» قبيل باب الغنيمة عن الماوردي في نظير المسألة ما يخالفه، فقال: وإذا أراد ولي الأمر إسقاط بعض الأجناد المثبتين في الديوان لسبب جاز، وبغير سبب لا يجوز.

قوله: ولو اختلف أرباب الوقف في مقادير الاستحقاق، أو كيفية الترتيب، أو شرط الواقف ولا بينة جعلت الغَلَّة بينهم بالسوية وحكى بعض المتأخرين أن الوجه التوقف إلى إصطلاحهم وهو القياس . انتهى.

وهذه الحكاية عن بعض المتأخرين قد تابعه عليها أيضاً في «الروضة»، وهو عجيب فقد جزم به الإمام في «النهاية»، ثم إن القسمة بينهم على السواء محلها إذا كان الموقوف في أيديهم، أو لا يد لواحد منهم عليه، أما لو كان في يد بعضهم فالقول قوله، كذا نبه عليه جماعة وتبعه عليهم في «الروضة».

قوله في المسألة: فإن كان الواقف حياً رجع إلى قوله، كذا ذكره صاحب «المهذب» و«التهذيب»، ولو قيل: لا رجوع إلى قوله كما لا رجوع إلى قول البائع إذا اختلف المشتريان منه في كيفية الشراء، لم يكن بعيدا . انتهى.

وهذا الذي ذكره في «المهذب» و«التهذيب» قد ذكره قبلهما الماوردي وبعدهما الروياني في «البحر»، وصرحوا بأنه يقبل قوله بغير يمين، فتفطن

له.

وزاد الماوردي والروياني فقالا: إذا مات الواقف يرجع إلى ورثته، فإن لم يكن وكان له ناظر من جهة الواقف رجع إليه ولا يرجع إلى المنصوب من جهة الحاكم، فإن وجد ـ أي الوارث والناظر ـ واختلفا فهل يرجع إلى الوارث أو الناظر؟ على وجهين.

وحكى العراقي شارح «المهذب» الوجهين في اختلاف الناظر والموقوف عليه، وقد سكت هؤلاء عن تحليف الوارث والناظر، والقياس أنهما كالواقف.

قال النووي: ويرجع إلى عادة من تقدمه من نظار الوقف إن اتفقت عادتهم.

واعلم أن النووي ـ رحمه الله ـ قد صوب ما في «المهذب» و«التهذيب»، وقال: إن الفرق بينه وبين البائع ظاهر.

قوله: من «زياداته»: قال الغزالي وغيره: فإن لم يعرف أو باب الوقف جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه فيصرف إلى تلك المصارف، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن هذه المسألة قد ذكرها الغزالي في «الوجيز» فقال: وإن لم يعرف الأرباب فهو كوقف منقطع الأخير في المصرف هذا لفظه، وقد نسى الرافعي هذه المسألة فلم يشرحها، وقد شرحها في «الشرح الصغير»، فقال: ولو لم نعرف الأرباب فهو وقف منقطع الأخير، وفيه الخلاف الذي سبق وكان يجوز أن يوقف إلى التبين، انتهى.

الأمر الثاني: أن تعبير النووي في ما نقله عن الغزالي بقوله كوقف مطلق تعبير فاسد لم يذكره الغزالي، بل الذي ذكره الغزالي إنما هو الحاقه بالمنقطع

الأخير كما قدمته لك في أوائل هذه المسألة وحينئذ فيصح على أن الصحيح بخلاف ما ذكره ـ أعني النووي ـ من الحاقه المطلق، فإن الأصح فيه عدم الصحة.

قوله: وإن قلنا: إن المتولي هو الموقوف عليه بناء على أن الملك له ففي تمكنه من الإجارة وجهان، [قال في «التتمة»: المذهب منهما هو التمكين انتهى.

وهذا الذي](١) قاله في «التتمة» هو الصحيح، فقد قال الرافعي في «الشرح الصغير»: إنه أظهر الوجهين، وصححه أيضاً النووي في أصل «الروضة».

قوله: وإذا قتل العبد الموقوف فالفتوى على أنه يشتري بثمنه عبد، فإن فضل شيء من القيمة فهل يعود ملكاً للواقف أم يصرف إلى الموقوف عليه؟ وجهان في فتاوى القفال، انتهى.

قال في «الروضة» الوجهان معاً ضعيفان والمختار أنه يشتري به شقص عبد لأنه بدل جزء من الموقوف، والتفريع على وجوب شراء عبد.

قوله نقلاً عن «الجرجانيات»: ثم العبد الذي يجعل بدلاً يشتريه الحاكم إن قلنا :الملك في الرقبة .لله تعالى، وإن قلنا: للموقوف عليه، فالموقوف عليه، وإن قلنا: للواقف فوجهان، انتهى.

والأصح منهما أنه الواقف فقد جزم به الرافعي في «الشرح الصغير».

قوله: وهل يصير وقفاً بالشراء أم لا بد من عقد جديد؟ حكى الروياني فيه ـ أي في «الجرجانيات» ـ اختلافا للأصحاب جاريان في بذل المرهون إذا أتلف. انتهى.

فيه أمور:

---

(١) سقط من أ.

أحدها: أن الأصح أنه لابد من إنشاء وقف فقد قال الرافعي في «الشرح الصغير»: إنه الأظهر والنووي في «زياداته»: إنه الأصح.

الأمر الثاني: أن هذا الكلام يوهم الواقف عليه أن الأصح أيضاً في الرهن أنه لابد من إنشائه وليس كذلك، فقد جزم هو والنووي في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بأنه يصير رهناً، بل ترددوا في أنه مادام دينا في الذمة قبل أخذه، هل نحكم عليه بأنه رهن أم لا لكون الديون لا ترهن؟ ورجح النووي من «زياداته» الحكم عليه بذلك، بل لك أن تقول: قد تقرر أن المجزوم به في بابه أنه لا يحتاج إلى إنشاء رهن فذكره للخلاف هنا إن كان نقلاً وعبارته لا تقتضيه فمسلم، وإن كان تخريجاً فهو مردود لأن المأخوذ من متلف الوقف لا يصح وقفه كالنقود، وحينئذ فالمشتري به الوقف قد تقدمت له حالتان يمكن النظر إليهما، فكذلك جاء التردد بخلاف المأخوذ من متلف الرهن، فإنه يصح رهنه.

الأمر الثالث: أن اتلاف الأضحية الواجبة هو من نظائر هذه المسألة، وقد فصل فيه الرافعي، وتبعه عليه في «الروضة» فقال في أول النوع الأول منها: إنه إذا أتلفها متلف فإن اشترى المثل بعين القيمة صار المشتري أضحية بنفس الشراء، وإن اشتراه في الذمة، ونوى عند الشراء أنها أضحية [فكذلك وإلا جعله بعد الشراء أضحية][(١)] انتهى.

ولم يذكر هذا التفصيل في شيء مما تقدم فتلخص أن أفراد هذه القاعدة قد انقسمت إلى ثلاثة أقسام.

ويتأيد ما ذكره آخراً وهو التفصيل بما إذا كان عنده نصاب من الأثمان فاشترى به عرضا للتجارة أنه ينبني حولها على حوله إن اشتراه في العين دون الذمة، كما ذكره القاضي الحسين والبغوي ونقله الرافعي عن البغوي،

---

(١) سقط من أ.

وسكت عليه، وجزم به في «الروضة» فلم يعزه إلى أحد.

قوله: وفي جواز شراء الصغير بقيمة الكبير وعكسه وجهان حكاهما في «الجرجانيات»، انتهى.

قال في «الروضة» أقواهما المنع لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف.

قوله: وإذا قتل العبد الموقوف قتلاً يوجب القصاص، فإن قلنا الملك للواقف أو للموقوف عليه استوفاه، وإن قلنا: لله تعالى، فهو كعبيد بيت المال، والظاهر فيه وجوب القصاص، قاله المتولي. انتهى.

وما نقله عن المتولي قد تابعه عليه في «الروضة»، لكن جزم الماوردي بأنه لا قصاص في نفسه ولا في طرفه لئلا يفوت الوقف وما ذكره ظاهر.

قوله: ولو جفت الشجرة فهل يعود ملكها للواقف؟ فيه وجهان: أصحهما المنع وعلى هذا ففي بيعها وجهان: أحدهما يباع ما بقي لتعذر الانتفاع بشرط الواقف، فعلى هذا الثمن كقيمة المتلف، فعلى وجه يصرف إلى الموقوف عليه ملكا، وفي وجه يشتري به شجرة أو شقص بشجرة من جنسها ليكون وقفاً، ويجوز أن يشتري به ودي يغرس موضعها، انتهى كلامه.

وما ذكره من شراء الودي ذكره صاحب «التتمة» فتبعه عليه الرافعي ثم النووي لكن قد تقدم في المسألة السابقة من كلام النووي ترجيح امتناع شراء الصغير بقيمة الكبير وعكسه، والودي[1] المغروس بمثابة الصغير، بل أولى لأن الصغير ينتفع به من حيث الجملة بخلاف الودي، وهذا الإعتراض ذكره في «شرح الوسيط».

قوله: في المسألة: وأصحهما منع البيع لأنه عين الموقوف والوقف لا يباع ولا يورث على ما ورد في الخبر فعلى هذا وجهان:

---

(١) صغار النخل.

أحدهما: أنه ينتفع بإجارته جذعاً إدامة للوقف في عينه.

والثاني: يصير ملكاً للموقوف عليه كما ذكرنا في قيمة العبد المتلف، واختار صاحب «التتمة» وغيره الوجه الأول إن أمكن استيفاء منفعته منه مع بقائه.

والوجه الثاني: إن كانت منفعته في استهلاكه وزمانة الدابة الموقوفة كجفاف الشجرة، انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما ذكره أخذاً من الوجهين المفرعين على منع البيع، إنما يستقيم منه الوجه الأول خاصة، وهو كونه ملكاً للموقوف عليه، فكيف يستقيم مع أن تعليله عدم البيع بأنه عين الوقف والوقف لا يباع ولا يورث؟ يلزم منه أيضاً أن لا يملكه الموقوف عليه ولا غيره، ولا سيما أن تمليكه إياه مجوز للبيع وانتقاله عنه بالإرث وغير ذلك مع أن التفريع علي عكسه.

الأمر الثاني: أن مقتضى ما نقله ترجيح تمليك الموقوف عليه الجذع الذي لا منفعة فيه إلا باستهلاكه، وحينئذ فيكون الراجح أيضاً كذلك في الدابة إذا زمنت فزال نفعها كما لو كانت مثلاً من الذكور لأنه ألحقها بجفاف الشجرة لكنه قد ذكر قبل ذلك بأوراق ما يخالفه فقال في الكلام على أن الموقوف عليه يملك الغلة: ولا يجوز ذبح البهيمة الموقوفة، وإن خرجت عن الانتفاع، كما لا يجوز إعتاق العبد [لكن][1] إذا صارت بحيث يقطع بموتها لو لم تذبح.

قال في «التتمة»: يجوز ذبحها للضرورة ويباع اللحم في أحد الطريقين، ويشتري به بهيمة من جنسها وتوقف، وفي الثاني إن قلنا: إن الملك في الوقف لله تعالى، فعل الحاكم ما يرى فيه من المصلحة.

---

(١) مسقط من ب.

وإن قلنا: إنه للواقف أو الموقوف، عليه صرف إليهما.

الأمر الثالث: أن موافقة النووي على جعله للموقوف عليه إذا كانت منفعته في استهلاكه لا يستقيم على قاعدته، فقد سبق من «زوائده» في ما إذا قتل العبد الموقوف ما يستلزم تصحيح عكسه فراجعه.

الأمر الرابع: وقد نبه عليه في «الروضة» أن أحكام الشجرة إنما تأتي في الدابة إذا كانت مأكولة، فإن لم تكن فإن البيع لا يأتي إلا على وجه ضعيف لقصد جلدها.

لا جرم أن في بعض النسخ وزمانة العبد الموقوف وهو صحيح لكن في أكثرها، وفي «الروضة» وزمانة الدابة كما تقدم.

الأمر الخامس: لقائل أن يقول: ما الفرق بين امتناع بيع الشجرة الغادمة النفع وبين جواز بيع حصير المسجد الموقوفة ونحوها مما سيأتي قريبا؟

قوله: وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال.. إلى آخره.

هذه المسألة فيها كلام سبق ذكره في الحج في آخر باب محرمات الإحرام.

قوله: إن لم يخف من أولي العرامة.

هو بالعين والراء المهملتين ـ أي أولى الفساد.

قوله: جميع ما ذكرناه في حصير المسجد ونظائرها هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد، أما ما اشتراه الناظر للمسجد أو وهبه له واهب، وقبله الناظر فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف لأنه ملك حتى إذا كان المشتري للمسجد شقصاً كان للشريك الأخذ بالشفعة، ولو باع الشريك فللناظر الأخذ بالشفعة عند الغبطة هكذا ذكروه، انتهى كلامه.

وما ادعاه ـ رحمه الله ـ من عدم الخلاف قلد فيه صاحب «التتمة» وتابعه عليه في «الروضة» أيضاً وليس كذلك، فقد جزم العمراني في «البيان»

بخلافه فقال: كل ما اشترى للمسجد من الحصر والخشب والآجر والطين لا يجوز بيعه لأنه في حكم المسجد، هذا كلامه.

ثم إن الذي سبق محله إذا لم يقفه فأما إذا وقفه فإنه يصير وقفا بلا نزاع، وتجري عليه أحكام الوقف، وقد استدركه عليه النووي .

قال ـ رحمه الله : وهذه مسائل وفروع زائدة .

منها :عن الشيخ أبي محمد أنه وقع في الفتاوى، زمن الأستاذ أبي إسحاق أن رجلاً قال: وقفت داري هذه على المساكين بعد موتي، فأفتى الأستاذ بصحة الوقف بعد الموت، وساعده أئمة الزمان وهذا كأنه وصية ، يدل عليه أن في «فتاوى القفال» أنه لو عرض الدا ر على البيع صار راجعاً، انتهى كلامه.

وما تفقه فيه الرافعي من كونه وصية ذكره في «التتمة»: وصرح به ابن الصلاح إلا أنه خلاف المنقول عن الأستاذ ومن ساعده وهم أهل الزمان، فقد قال الإمام في «النهاية»» ما نصه: أفتى الأستاذ بأن الوقف يقع بعد الموت وقوع العتق في المدبر بعد الموت وساعده أئمة الزمان وهذا تعليق علي «التحقيق» هذا لفظ الإمام.

والحاصل أن الرافعي قد حصل له ذهول في أمرين تابعه عليهما في «الروضة»:

أحدهما: في حمل كلام الأستاذ والأئمة.

والثاني: في ذهوله عن المنقول في وفق ما أثبته بحثاً.

قوله: وفيها ـ يعني : في «فتاوى القفال» ـ أنه لو قال: جعلت داري هذه خانكاه للغزاة، لم يصر وقفاً بذلك، انتهى.

واعلم أنه قد تقدم في الباب الأول أنه إذا قال: جعلت داري مسجداً، صارت مسجداً على الأصح، فليكن ما قاله القفال هنا جواباً على الوجه المرجوح هناك وهذا الموضع قد تقدم الوعد بذكره، والخانكاة بالكاف وهو

مركب من لفظ خان اسم.

قوله: نقلا عن «الفتاوى» المذكورة: وإنه لو قال: وقفت هذه البقرة على الرباط الفلاني ليشرب من لبنها من نزله، أو ينفق من نسلها عليه صح، وإن اقتصر على قوله: وقفتها، لم يصح وإن كنا نعلم أنه يريده لأن الاعتبار باللفظ، وأنه لو وقف داره على المسجد الفلاني لم يصح حتى يبين جهة مصرفه، ومقتضي إطلاق الجمهور صحته، انتهى.

واعلم أن المسألتين متشابهتين في المعنى والظاهر أن ما نقله الرافعي عن الجمهور عائد إليهما، فلذلك أخره عنهما، وقد ذكرهما النووي مفترقتين في الباب الأول وذلك يوهم موافقة القفال على إحداهما دون الأخرى، وهو بعيد فاجتنب ذلك واحذره.

قوله: وإذا وقف شجرة، ففي دخول المغرس وجهان، وكذا حكم الأساس مع البناء، انتهى.

والمراد بالأساس الأرض الحاملة للبناء فافهمه.

قوله: ولو وقف على مصلحة المسجد لم يجز النقش والتزويق، لكنه لو تعدى وفعله مع القول بأنه لا يجوز لم يغرم شيئاً، كذا جزم به البغوي في «فتاويه» فتفطن له.

وقد وقع في كلام الرافعي هنا لفظ البواري وهو جمع بارية بالباء الموحدة والياء المشددة بنقطتين من تحت نوع ينسج من القصب كالحصر.

قوله: ولو وقف على النقش والتزويق يعني للمسجد، ففيه وجهان قريبان من الخلاف في جواز تحلية المصحف، انتهى كلامه.

وقد اختلف تصحيح النووي في هذه المسألة فقال من «زياداته» هنا: الأصح أنه لا يصح لأنه منهي عنه، وجزم في «شرح المهذب» في زكاة الذهب والفضة بالصحة، وقد تقدم الكلام على المسألة هناك مبسوطاً

فراجعه.

قوله: لا يجوز قسمة العقار الموقوف من أرباب الوقف، وقال ابن القطان: إن قلنا: القسمة إقرار، جاز، فإذا انقرض البطن الأول، انتقضت القسمة، انتهى كلامه.

وقد نبه الرافعي في كتاب القسمة على أن ما قاله ابن القطان تفريع على أن الملك في الوقف للموقوف عليه، وحكى هناك خلافا في قسمة الوقف عن الطلق وأشعر نقله برجحان الجواز، وصرح به في «الروضة» من «زوائده»، فاعلم ذلك كله.

قوله: وإن انكسر الطنجير والمرجل الموقوفان إلى آخره.

الطنجير: بكسر الطاء، قاله الصنعاني، وهو عجمي مُعَرَّب، والمراد به: الدست.

والمرجل بكسر الميم وبالجيم هي القدر.

قوله: من زوائده: الأصح أنه لا يعطي من وقف الفقراء لفقيرة لها زوج يمونها ولا إلى [المكفى بنفقة أبيه][1]، قال صاحب «المعاياة»: ولو كان له صنعة يكتسب بها كفايته ولا مال له استحق من الوقف باسم الفقر قطعاً، وفي هذا الذي قاله احتمال، انتهى كلامه.

واعلم أن في كلام الرافعي في قسم الصدقات ما يخالف هذا، فإنه بعد ذكره للمكفى بنفقة غيره ويكسبه، قال ما نصه: ومن قال الأول وهو الصحيح منع هذا، وقال: الاستحقاقان منوطان بالفقر فوجب التسوية بين البابين كما أن الوصية لأبناء السبيل محمولة على ما يحمل عليه ابن السبيل في آية الزكاة.

هذا لفظه، وحاصله أن البابين متساويان فما منع في أحدهما منع في

---

(١) سقط من أ.

الآخر لأن مدلولات الألفاظ لا تختلف باختلاف الأبواب، وحذف في «الروضة» هذا الكلام وما ذكره في «الروضة» عن الجرجاني وتوقف فيه، قد جزم به أيضاً الماوردي في «الحاوي» وحكى الروياني في «البحر» فيه وجهين على وفق الاحتمال الذي قاله النووي.

قوله: وسئل الحناطي عن شجرة تنبت في المقبرة هل للناس الأكل من ثمارها؟ فقال: قد قيل يجوز والأولى عندي صرفها إلى مصالح المقبرة، وسئل أيضاً عن رجل غرس شجرة في المسجد كيف يصنع بثمارها؟ قال: إن جعلها للمسجد لم يجز أكلها من غير عوض، ويجب صرف عوضها في مصالح المسجد، ولا ينبغي أن تغرس الأشجار في المساجد، انتهى كلامه.

أما المسألة الأولى فواضحة إلا أن النووي قد قال من «زوائده»: إن المختار جواز الأكل.

وأما المسألة الثانية وهي غرسها في المسجد فقد أقره أيضاً النووي كما أقره الرافعي، وزاد ـ أعني النووي ـ أنه يجوز الأكل أيضاً إذا غرسها مسبلة، وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة بالأكل وفي ما أقره أمران:

أحدهما: أن المغروس كيف يخرج عن ملك الغارس بلا لفظ، وقد سبق أنه لو بنى مسجدا لم يخرج عن ملكه بذلك بل لا بد من اللفظ.

الأمر الثاني: أن الرافعي قد ذكر في أركان الوقف أنه إذا وقف على المسجد لا يحتاج إلى القبول وإن ملكه فلا بد من قبول الناظر عليه.

إذا علمت ذلك فتحتاج المسألة إلى تصوير وهو أن غرسها له هل هو على جهة الوقف أو الملك؟ فإن كان الأول فقد يقال بصحته، وإن لم يوجد لفظ وفيه تعد، وإن كان الثاني وهو المتجه من جهة المعنى، والظاهر من عبارته حيث قال غرسها للمسجد، فإن الموقوف ليس ملكا للموقوف عليه، بل ملكاً لله تعالى فلابد فيه من قبول الناظر على ما سبق.

وقد ذكر الرافعي في أوائل الهبة ما يشكل على هذه المسألة، فقال غرس أشجاراً وقال عند الغرس: أغرسه لابني لم يصر للابن ولو قال: جعلته لابني وهو صغير صار للابن ،لأن هبته له لا تقتضي قبولاً بخلاف ما لو جعله لبائع، كذا قاله الشيخ أبو عاصم، وهو ملتفت إلى الانعقاد بالكنايات، وإلى أن هبة الأب لابنه الصغير يكفي فيها أحد الشقين هذا كلامه فلم يكتف بالغرس للابن واشترط اللفظين مع أن الابن أولى لأنه قادر على التمليك والقبول بخلاف المسجد، فإنه قادر على التمليك دون القبول، فظهر بذلك رجحان اشتراط اللفظ في مسألتنا نقلاً ومعنى على خلاف ما دل عليه كلامهما خصوصاً النووي، فإن تعبيره بقوله فإن جهلت نيته صريح في خلاف ما قلناه ولا وجه إلا ما ذكرناه، ولعلنا نزداد فيها إن شاء الله تعالى علماً.

وأما قول الرافعي: ولا ينبغي أن يغرس الأشجار في المساجد فليس فيه ما يدل على أن ذلك محرم أو مكروه، وقد سبق بيانه في آخر شروط الصلاة فراجعه.

وقد بسط الغزالي هذه المسألة فقال: إن غرس لنفسه منع منه، والثمرة له وعليه قلعه والأجرة للمسجد، ويجوز الأكل منها بإذنه في حياته، فإن مات قبل أداء الأجرة تعلقت بالشجرة والثمرة، وصارا مرتهنين فلا يجوز الأكل بالإذن المتقدم وإن غرس للمسجد على أن يصرف الثمرة في مصالحه لم يجز إلا أن يكون المسجد واسعاً ويكون فيها فائدة الاستظلال بها ولم يكن فيه ما يجمع الطيور فتحبس المسجد فرخص فيه كما في السقيفة، وإن قصد أن يكون وقفاً على قوم لا تعلق لهم بالمسجد منع كما لو غرس لنفسه وإن قصد أن يكون وقفا على المجاورين والمصلين فهذا له تعلق بالمسجد فيحتمل جوازه، وإن لم يعرف قصده جعل كأنه غرسه لنفسه حتى يأتي فيه ما سبق من القلع وغيره ويباع ويرد ما فضل على أجرته إلى المالك أو وارثه، فإن لم

يكن له وارث فيؤخذ للمسجد بدل ما وجب من الأجرة فإن فضل شيء، أو لم يكن بقى من الأجرة شيء فهو مال المصالح، فإن رأى القاضي المصلحة في أن يتركه ويجعل وقفا للمسجد فله ذلك، وإن كان في المصالح ما هو أهم من المسجد، وكان للمسجد فائدة في بقائه للاستظلال ورأى إبقاءه ليأخذ للمسجد من مغله قدر الأجرة ويصرف الباقي إلى المصالح، فهذا قد تصادم فيه محظوران قلعه مع أن فيه فائدة الاستظلال وبقاؤه بالأجرة، وهو يشبه الإجارة، واللائق بالمصلحة الرخصة بالإبقاء إذ لا فائدة للمسجد في القلع.

كتاب الهبة

وفيه فصلان:

الأول: في أركانها

قوله: في الحديث لو دعيت إلى كراع لأجبت، وفيه أيضاً لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة، انتهى.

الكراع بضم الكاف طرف رجل الغنم والبقر خاصة يذكر ويؤنث ويجمع على أكرع، ثم على أكارع، وأما طرف اليد فتسمى ذراعاً، وهو أكثر لحماً من الكراع، وفي المثل أعطى العبد كراعا فطلب ذراعاً قاله الجوهري.

وأهل العرف يعبرون بالكارع ويطلقونه على طرف اليد والرجل معاً.

وأما الفرس بفاء مكسورة وسين مهملة مكسورة أيضاً بعدها نون هو من البعير بمنزلة الحافر من الدابة، وربما استعير في الشاة، ونونه زائدة لأنها من فرست أي قتلت أو ذبحت ونحو ذلك.

قوله: وسبيل ضبطها أن تقول التمليك لا بعوض هبة، فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان للموهوب له إعظاماً أو إكراماً فهو هدية، وإن انضم إليه كون التمليك للمحتاج تقرباً إلى الله تعالى وطلباً لثواب الآخرة فهو صدقة، انتهى.

تابعه في «الروضة» على تقييد الصدقة بالاحتياج مع أن الإعطاء بقصد التقرب صدقة سواء كان لغني أو فقير كما ذكره في موضعه، وكذا ذكر في «شرح المهذب» وصرح بنفي الخلاف وبحصول الثواب .

قوله: فامتياز الهبة عن الهدية بالنقل والحمل من موضع إلى موضع، ومنه إهداء النعم إلى الحرم، وكذلك لا يدخل لفظ الهدية في العقار بحال، وإنما

يطلق ذلك في المنقولات، انتهى كلامه.

وما ذكره من أنه لا يطلق عليه ولا مدخل له فيه، قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة» وهو غريب فسيأتي في باب النذر التصريح بخلافه، وأنه لو قال: لله علي أن أهدي هذا البيت والأرض ونحوهما مما لا ينقل صح ذلك وباعه ونقل ثمنه.

قوله: الركن الأول والثاني العاقدان وتركهما الغزالي لوضوح أمرهما، انتهى.

وما ذكره من الوضوح تبعه عليه في «الروضة» فقال: وأمرهما واضح لكنه سيأتي من كلام الرافعي في كتاب اللقيط في الكلام على نفقته مسألة هي محل نظر، وقد توقف فيها هو ـ أعني: الرافعي ـ وهي ما إذا وهب للجهة كالمساكين واللقطاء هل تصح أم لا؟ وسيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى في بابها وذكر أيضاً في كتاب اللقيط وفي هذا الباب أن المسجد يصح تمليكه ويقبله القيم وهذه المسألة من ذوات النظر المتوقفة على نقل صريح.

لا جرم أنه في كتاب الوصية نقل عن بعضهم أنه إذا أوصى للمسجد وأراد به تمليكه، فإن الوصية لا تصح، ثم إنه توقف فيه، وقال: قد تقدم ما يخالفه.

قوله: وهب له شيئاً فقبل نصفه أو وهب له عبدين فقبل أحدهما ففي صحته وجهان، والفرق بينه وبين البيع أن البيع معاوضة، انتهى كلامه.

لم يصحح شيئاً في «الروضة» أيضاً والمرجح إلتحاقه بالبيع حتى لا يصح، فإنه لو وهب لاثنين فقبل أحدهما نصفه كان كالبيع حتى لا يصح على الأصح، وقيل لا تلتحق بالبيع بل تصح قطعاً، كذا ذكره الرافعي في الكلام على الركن الرابع، وهو نظير مسألتنا، بل هذه أولى بعدم الصحة لأن الهبة لاثنين صفقتان ومسألتنا صفقة واحدة، ولهذا جزموا بالبطلان في

نظير مسألتنا من البيع وترددوا في تلك.

قوله: ناقلا عن «زيادات العبادي» ولو ختن ابنه واتخذ دعوة فحملت إليه هدايا، ولم يسم أصحابها الأب ولا الابن فهل تكون للأب أم للابن؟ فيه وجهان، انتهى.

قال في «الروضة» من «زياداته» : الأقوى والأصح أنها للأب، لأن الناس يقصدون التقرب إليه.

قوله من« زياداته »: وقبول الهدية التي يجيء بها الصبي المميز جائز باتفاقهم وقد سبق في البيع. انتهى.

هذه المسألة مذكورة في ثلاث مواضع من «الروضة» واختلف كلامه فيها من ثلاثة أوجه، وقد سبق إيضاحها في البيع.

قوله: والعمري أن يقول : أعمرتك هذه الدار مثلا أو يقول جعلتها لك عمرك أو حياتك أو ما عشت، ثم له أحوال: أحدها: أن يقول مع ذلك فإذا مت فهي لورثتك أو لعقبك فيصح وهي الهبة بعينها، لكنه طول العبارة، فإذا مات فالدار لورثته، فإن لم يكونوا فلبيت المال. انتهى.

تابعه في «الروضة» على التعبير بالورثة والعقب مع الحكم المذكور وهو مشكل متدافع لأن العقب موضوع للأولاد وأولاد الأولاد سواء كانوا وارثين أم لا فتدخل فيه البنت وبنت البنت، وابن البنت، والورثة لا يخفى حكمهم فالعقب قد لا يكون وارثاً، والوارث قد لا يكون عقباً، فإذا خلف مثلاً أخاً وبنتا فمقتضى التعبير بالإرث أن يكون نصفين، ومقتضى التعبير بالعقب إنفرد به الأخ على التعبير بالإرث، وينفرد به ابن البنت على التعبير بالعقب، وإذا خلف ابناً وابن ابن وغير ذلك، اختص به الابن على الإرث، واشترك الجميع على العقب، وقس على هذه الأمثلة فالحكم الذي ذكره وهو كونه معنى الهبة المطلقة، وأنه يكون إرثاً لا يستقيم في العقب، ولا شك أن

جعلها للعـقب يقتضي خروجها عن الهـبة الصحيحة لأن مقـتضاها إنما هو الانتقال إلى الورثة، وقد اقتصر الشيخ في «التنبيه» و«المهذب» على العقب، وجعلها لهم بعد موته.

قوله: فـي المسألة الحال الثـاني أن يقتـصر على قـوله جعلتـها لك عـمرك، فالجديد صحتها وتكون أيضاً هبة.

الثالث: أن يقول فإذا مت عاد إلي فالصحيح أن حكمه حكم الإطلاق في الصحـة لظاهر الحديث، ثم قال بعـد ذلك فلو علق بموته فقال: إذا مت فـهذه الدار لك عمرك [فـإذا مت عادت إلى ورثتي][1] فهي وصية تعـتبر من الثلث فلو قـال: إذا مت فـهي لك عمـرك فـإذا مت عـادت إلى ورثتي فـهي وصيـة بالعمري على صورة الحالة الثالثة، انتهى.

ومقتضى كلامه في المسألة الأخيرة إطلاقاً وتشبيهاً بالحالة الثالثة أن ذلك يكون تمليكاً مستقراً لا يرجع إلى الواهب وحينئذ فيكون ذلك يأتي أيضاً في ما قـبلها بطريق الأولـى، ووقع في «الروضة» في البـاب الثالث من كـتاب الإجارة أن المنافع تعود بموت الموصى له إلى ورثة الموصي وهو غلط قد تقدم إيضاحه في موضعه فراجعه.

قوله: فرع: لو باع على صورة العمري، فقال: ملكتكها بعشرة عمرك.

قـال ابن كج: لا يبعـد عندي جوازه تفـريعـاً على الجديد، وقـال أبو علي الطبري: لا يجوز. انتهى.

فيه أمران:

أحـدهـمـا: أن الصحـيح المعروف في المذهب هو البطلان فـقد قطع به الماوردي في «الحاوي» في هذا البـاب، ثم أنه بعد ذلك بدون الصفـحة نقل القطع به أيضاً عن ابن سريج، وأبي إسحاق المروزي.

---

(١) سقط من أ.

الثاني: أن ما حكاه عن ابن كج احتمالاً هو وجه ثابت، فقد نقله الروياني في «البحر» عن ابن خيران.

قوله: فما جاز بيعه جازت هبته وما لا يجوز بيعه من مجهول أو معجوز عن تسليمه لا تجوز هبته، هذا هو الغالب وربما اختلفا، وفي التفصيل صور إلى آخره.

اعلم أنه ـ رحمه الله ـ لما ذكر الصور التي أشار إليها لم يذكر فيها شيئاً يخالف البيع إلا على وجه ضعيف، فيقتضي ذلك أنه لا يستثنى من القاعدة شيء وأن ما جاز بيعه جازت هبته وما لا فلا، ووقع نحوه في «الشرح الصغير» و«الحاوي الصغير» و«الروضة»وحينئذ فيستفاد منه أن هبة ما لا يتمول لقلته كحبتي الحنطة غير صحيحة وقد صرح به الرافعي في الباب الثاني من كتاب اللقطة في الكلام على أن واجد القليل هل يعرفه، ولم يذكره في «الروضة» هناك.

إذا علمت ذلك فقد ذكر النووي، في «المنهاج» هنا أنه تجوز هبة ذلك وأدخله في كلام الرافعي، ثم نبه عليه في «الدقائق» وصرح أيضاً بجوازه، وزاد علي ذلك فادعى أنه لا خلاف في الجواز وهو موضع غريب جداً.

قوله في أصل «الروضة» :والصحيح وبه قطع المتولي أنه لا يشترط في الهدية إيجاب ولا قبول. انتهى كلامه.

وما ادعاه من أن المتولي قد قطع بذلك غريب وباطل فقد حكى المتولي في «التتمة» هذا الخلاف في موضعين من هذه المسألة، والغريب أن النووي قد نقله عنه في «الروضة» بعد هذا بأسطر في الكلام على تأخير القبول.

قوله: في «الروضة» ويجري الوجهان في هبه الكلب وجلد الميتة قبل الدباغ والخمر المحترمة والأصح من الوجهين في هذه الصور كلها البطلان إلى أخره.

وما ذكره هنا من تصحيح المنع في جلد الميتة قد جزم في باب الأواني بما يخالفه، وقد سبق التنبيه عليه هناك.

قوله: وهبة الدين ممن هو عليه إبراء فإن قلنا لا يحتاج الإبراء إلى القبول ففي هبته وجهان، إن نظرنا إلى اللفظ :اعتبرناه، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة، وإن نظرنا إلى المعنى: فلا، قال في «الشامل» وهو المذهب، انتهى.

لم يصرح هنا بتصحيح، وقد اختلف كلامه في الراجح منها فجزم في «المحرر» و«الشرح الصغير» هنا بعدم الاشتراط، وصرح بتصحيحه في الشرحين «الكبير» و«الصغير» في الباب الرابع من أبواب الصداق في الطرف الرابع منه وستعرف لفظه هناك إن شاء الله تعالى وحاصله أنه رجح في هذه المواضع كلها معاني العقود على لفظها.

إذا علمت ذلك فقد ذكر في كتاب الصلح ما يخالفه فرجح اعتبار اللفظ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه، وذكر في هذا الباب بعد هذه المسألة ما يشعر برجحان المعنى فقال: فرع عن صاحب «التقريب» من عليه الزكاة لو وهب دينه على المسكين بنية الزكاة لم يقع الموقع لأنه إبراء وليس بتمليك، ثم قال ولك أن تقول ذكروا وجهين في أن هبة الدين ممن عليه الدين تتنزل منزلة التمليك أم هو محض إسقاط؟ وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها، فإن أعطيناها حكم التمليك وجب أن يقع الموقع، انتهى كلامه.

فحكم بعدم احتياجها إلى القبول [على القول](١) بأنها إسقاط ووقعت هذه المواضع في «الروضة» و«المنهاج» كما وقعت للرافعي، وزاد فصرح في أصل «الروضة» من هذا الباب بأن المذهب عدم اشتراطه ولم يسنده لصاحب «الشامل»، كما أسنده إليه الرافعي، واعلم أن كلامه في هذا الفرع الذي نقله هنا عن صاحب «التقريب» يقتضي أنه لم يقف على خلاف في إجزائه

---

(١) سقط من أ.

عن الزكاة ولأجل هذا ذكره بحثاً، وقد تبعه عليه في «الروضة»، وصرح أعني النووي في «الروضة» أيضاً قبل ذلك في قسم الصدقات بحكاية وجهين.

فقال: من «زياداته» في الصنف السادس المعقود للغارمين ولو كان عليه دين فقال جعلته عن زكاتي لا يجزئه على الأصح حتى يقبضه ثم يرده إليه إن شاء وعلى الثاني يجزئه كما لو كان ودعية حكاه في «البيان» هذا لفظه.

فإذا قيل [بأنه يقع](١) هنا فبالأولى أن يقال به في صريح الهبة لأن الجعل دونه في الصراحة.

قوله: ولا يحصل الملك في الهبات والهدايا إلا بعد حصول القبض، ثم قال :وفيه قولان آخران أحدهما :أنه يحصل الملك بنفس العقد، والثاني: أن الملك موقوف فإذا وجد القبض تبينا حصوله من العقد، انتهى.

واعلم أنه جزم في باب الإستبراء بما حاصله القول الثالث، وسأذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى.

قوله: القبض في العقار والمنقول كما سبق في البيع، وحكينا هناك قولاً أن التخلية في المنقول قبض.

قال المتولي: لا جريان له هنا لأن القبض هناك مستحق وللمشتري المطالبة به فجعل التمكين قبضاً، وفي الهبة غير مستحق فاعتبر بحقيقة، ولم يكتف بالوضع بين يديه. انتهى.

وما ذكره هنا موجود بعينه في المدهون فيكونان سواء بلا شك، فقد سبق في الرهن تصحيح جريان القول فيه فيكون الصحيح جريانه أيضاً هنا على خلاف ما نقله عن «التتمة» فاقتصر عليه، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه ووقع الموضعان في «الروضة» كما في الرافعي.

---

(١) سقط من أ.

الفصل الثاني: في حكمها

قوله: يكره للوالد ترك العدل بين أولاده في العطية فلو رجع الوالد في هذه الحالة جاز، انتهى.

فيه أمران:

أحدهـما: أن تعبيره بجواز الرجوع ذكر مثله في «الروضة»، وهو تعبير ناقص يوهم عدم الاستـحباب وليس كذلك فقد قـال الروياني في «البحر»: إن الأصحاب قالوا باستحباب الرجوع.

الثـاني: أن إطلاقهم جواز الرجوع أو استحبابه يتجه أن يكون محله في المقدار الزائد خاصة.

قوله: ويكره للوالـد الرجوع إن كان الولد عـفيفـاً باراً فإن كان عـاقاً، أو يتسعين بما أعطاه في معصية فلينذره بالرجوع، فإن أصر لم يكره، انتهى.

وإطلاق عدم الكـراهة في هاتين المسألتين قـد تابعه عليـه في «الروضة» وهو مردود، بل القـياس في المسألـة الثانية استـحبـاب الرجوع إن لم يكن واجباً، وأما العاق فينبغي أن يفصل فيه فيقال إن زاده الرجوع عقوقاً كره وإن أزاله استحب وإن لم يفد شيئاً منهما فيباح ويحتمل استحباب عدم الرجوع.

قوله: ومن أحكامها جواز الرجـوع للأصل في ما وهبه لفرعه، فلو تنازع رجلان مولوداً ووهبا له فلا يرجوع لواحد منهما، فإن ألحق بأحدهما فوجهان لأن الرجوع لم يكن ثابتاً ابتداء . انتهى.

والأصح كما قاله في «الروضـة» هو الرجوع لثبوت البنوة في الأحكام، قال : وقطع به ابن كج.

قوله: ولو وهـب الابن المتـهب الموهوب من ابيه فهل للجد الرجـوع؟ فيه

وجهان:

أحدهما: نعم ،لأنه موهوب ممن للجد الرجوع في هبته.

والثاني:لا ؛ لأن الملك غير مستفاد منه ، ولو باعه منه أو انتقل بموته إلى ابنه فكلام صاحب «التهذيب» يقتضي القطع بالمنع وفي «الشامل» طرد الوجهين في صورة الموت، وفي «التتمة» طردهما أيضاً في البيع، والأصح في الكل المنع، انتهى.

ذكر النووي في «الروضة» هذا الخلاف، ثم قال عقبه: قلت: ولو هبه المتهب لأخيه من أبيه، قال في «التبيان» :ينبغي أن لا يجوز للأب الرجوع قطعاً لأن الواهب لا يملك الرجوع فالأب أولى، ولا يبعد تخريج الخلاف لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته، وهذا موجود هنا والله أعلم.

وقوله: من «زوائده»: (ولا يبعد) هو من كلام النووي لا من تتمة كلام «البيان» .

إذا علمت ذلك فهذا الذي ذكره بحثاً، واستقر كلامه بعدم الإطلاع على نقله حتى استنبطه من التعليل غريب، فإنه قد تقدم من كلامه التصريح بالخلاف في البيع، والرجوع لا يثبت فيه للوالد البائع بلا خلاف، ولا شك أن الهبة أولى بذلك من البيع لثبوت الرجوع في الهبة من حيث الجملة، وإنما ذكر صاحب «البيان» أنه لا خلاف في هذه الصورة، لأن طريقته كطريقة صاحب «التهذيب» وهي عدم الخلاف في مسألة البيع فإنه صرح به قبل ذلك بقليل فلذلك حسن منه ذكر ما ذكره بحثاً، أما على ما في الرافعي فلا.

واعلم أن العود بالبيع والإرث لم يذكرهما الرافعي للتقييد، بل للتمليك فإن جعله أجرة وصداقاً وعوضاً في الخلع وغيرها كذلك بلا شك.

قوله: ولو تصدق على ابنه فوجهان:

أصحهما ويحكي عن نصه في «حرملة» :أن له الرجوع أيضاً.

قـال: والثاني وبه قـال مالك: لا رجـوع ؛لأن القصـد من الصدقـة ثواب الآخرة وقد حصل ، انتهى كلامه.

وما صحـحه هنا من جواز الرجوع قد جزم بـعكسه في باب العارية في الكلام على حد المستعير.

فقال ما نصه: والصدقات في الأعيان تفارق الهبات، ألا ترى أنه يرجع في الهبة ولا يرجع في الصدقة، انتهى.

وصححـه أيضاً في هذا الباب في «الشـرح الصغير» فقـال: ولو تصدق على ابنه فوجهان: أحدهما: أن له الرجوع أيضاً، لأن الخبر يقتضي الرجوع في الهبة، والصدقة هبة.

وأصحهـما: وبه قال مالك المنـع لأن قصد المتصدق الـثواب في الآخرة وهو غير موعود به هذا لفظه ووقوعه غريب لتعبيره بالأصح في الموضعين.

قوله: ناقالاً عن المتولي ولو أبرأ ولده عن دينه، فإن قلنا الإبراء تمليك رجع وإن قلنا إسقاط فلا، انتهى.

قال في «الروضة»: ينبغي أن لا يرجع على التقديرين.

قوله: وإن كان زائدا نظر إن كـانت الزيادة متصلة كالسـمن وتعلم الحرفة رجع به مع الزيادة.

ثم قـال بعـد ذلك: إنه إذا قـصـر الثـوب أو طحن الحنطة أو نسج الغـزل، وجعلنا هذه الأشياء أعياناً كان الأب شريكاً، إلى آخره.

اعلم أن الصحيح في تعليم الحرفة أن الابن يكون أيضاً شريكاً فيها على خـلاف ما جـزم به هاهنا وقـد تقـدمت المسـألة مبسـوطة في باب الفلس

فراجعها.

قوله: وإذا وهب جارية أو بهيمة [حاملاً][١] إلى آخره.

اعلم أن مسائل الحمل المذكورة هاهنا قد حصل اضطراب في دخولها، وعدم دخولها، وقد سبق ذكر ذلك واضحاً في الرد بالعيب والفلس، وينبغي أيضاً أن يستحضر هنا ما سبق في التفريق بين الأم والولد.

قوله: وإن كانت أرضا فبنى فيها الابن أو غرس فيتخير الأب بين الإبقاء إلى آخره.

سبق الكلام أيضاً في باب العارية على هذه المسألة واضحاً، وعلى ما فيها من الاضطراب.

قوله: وإذا وهب بشرط الثواب المعلوم صح في أصح القولين.

ثم قال: فإن قلنا بالصحة، فالظاهر أنه يبيع اعتباراً بالمعنى إلى آخره.

هذه المسألة قد حصل فيها إضطراب سبق ذكره واضحاً في البيع، في الكلام على خيار المجلس.

قوله: في المسألة وإذا جعلناها هبة مكافأة بدون المشروط إلا أنه قريب، ففي شرح ابن كج وجهان في أنه هل يجبر على القبول لأن العادة فيه المسامحة، انتهى.

قال في «الروضة»: الأصح أو الصحيح لا يجبر.

قوله: ولو قال : وهبتك ببدل، فقال: بلا بدل وقلنا مطلق الهبة لا يقتضي ثوابا فهل المصدق الواهب أو المتهب؟ وجهان، وبالأول قطع ابن كج، انتهى.

هذه المسألة لها نظيران يقتضيان تصديق الموهوب له.

أحدهما: ما إذا قال السيد لعبده أعتقتك على ألف، أو بعتك نفسك بها

---

(١) في ب: حائلا.

وطالبه بالألف فأنكر العبد وحلف، فإن المال يسقط ويحكم بعتق العبد بإقراره، جزم به الرافعي في آخر الباب الثالث من أبواب الإقرار، وحينئذ فيكون الصحيح في مسألتنا تصديق الموهوب له لأن الإعتاق والهبة يكونان بعوض وبلا عوض.

والثاني: إذا قال الزوج خالعتك بألف فأنكرت المرأة حصلت البينونة ولا شيء عليها كما جزم به الرافعي في بابه، وقد صحح النووي من زوائده، تصديق الموهوب له كما ذكرناه، إلا أنه لم ينقله عن أحد، ولم يذكر له مستنداً.

قوله: ولو دفع إليه درهماً وقال: أدخل به الحمام، أو دراهم وقال: اشتري لنفسك بها عمامة ونحو ذلك ففي «فتاوى القفال» أنه إن قال ذلك على سبيل التبسط المعتاد ملكه وتصرف فيه كيف شاء، وإن كان غرضه تحصيل ما عينه لما رأى به من الشعث والوسخ أو لعمله بأنه مكشوف الرأس لم يجز صرفه إلى غير ما عينه، انتهى.

قال في «الروضة»: الصحيح المختار :ما قاله القفال.

وقال القاضي الحسين في «فتاويه»: يحتمل وجهين في تعيينه، ولو طلب الشاهد مركوباً ليركبه في أداء الشهادة، فأعطاه دراهم ليصرفها إلى مركوب هل له صرفها إلى جهة أخرى؟ فيه وجهان. انتهى ما قاله في «الروضة».

وفيه أمور:

أحدها: أن الصحيح في الشاهد أن له ذلك فقد قال الرافعي في الشهادات: إنه الأشهر وكلام النووي هنا يقتضي أنه لم يظفر بخلاف صريح في مسألة الفقير، وكذلك نقل عن القاضي حسين أنه يحتمل وجهين، ولم يرد عليه، وقد صرح الرافعي بنقلهما في كتاب الشهادات أيضاً، عند ذكر مسألة الشاهد واقتضى كلامه أن الصحيح الجواز، وصرح النووي

بتصحيحه، وعبر الأصح ولم يفصل بين أن يكون له غرض أم لا كما قال هنا.

الأمر الثاني: أن الرافعي قد ذكر في أوائل كتاب الوصية فرعا يشكل على ما قاله هنا وتبعه عليه في «الروضة» فقال: لو أوصى لدابة غيره وقسر بالصرف في علفها صحت لأن علفها علي مالكها، فالقصد بهذه الوصية هو المالك هذا هو الظاهر المنقول، وبه قطع الغزالي والبغوي وغيرهما، ويحتمل طرد خلاف سبق في مثله في الوقف فعلى الصحة في اشتراط قبول المالك وجهان:

اختيار أبي زيد: أنه لا يشترط وتجعل وصية للدابة.

والأصح: الاشتراط وهي وصية لمالكها، كما و أوصى لحمارة داره، فعلى هذا يتعين صرفه إلى جهة الدابة على الأصح رعاية لفرض الموصى، ويتولى الإتقان الوصي ثم القاضي انتهى ملخصاً.

فإذا تعين الصرف في الدابة إلى الظلمة مراعاة لغرض الدافع ففي الأدمي أولى.

الأمر الثالث: أن المعطي لأجل العمامة ونحوها حيث يقولون بتعين الصرف له، هل يقولون بأن المعطى له يملكه أم لا يملكه؟ لكن إذا اشترى به العمامة ونحرها ملكها، أولا يملك المعطي ولا العمامة أيضاً، بل ينتفع بها على ملك مالكها فإن كان المراد الأول فكيف يصح أن يهبه شيئاً ويحجر في التصرف فيه، وقد نقل في «الروضة» من زوائده هنا عن القاضي الحسين أنه لو قال وهبتك هذه الدراهم بشرط أن تشتري بها كذا وكذا، لم تصح الهبة.

قال: لأنه لم يطلق له التصرف، وإن كان المراد الثاني وهو المفهوم من كلامهم، فكيف يكون وكيلاً في شراء الشيء لنفسه، أو كيف يشتري لنفسه بمال غيره، إلا أن يكون المراد أنه يشتري أولاً لنفسه بثمن في الذمة، ثم

يعطي تلك الدراهم، ويأتي النظر في تخريجه على الخلاف في ما إذا أعطى لوكيله درهماً، وقال إشتر به كذا فهل يتعين الشراء بالعين أم يجوز في الذمة، ثم إنا إذا فرعنا على أنه يملك العمامة، فإن جوزنا له بيعه، فات المقصود وإن حجرنا عليه فيها كان مخالفا للقياس.

وأما الإحتمال الثالث، وهو عدم الملك بالكلية فهو بعيد من كلامهم، ويلزم أن يكون عارية حتى يضمنه بالتلف، ويجب على الورثة رده بالموت.

قوله: قلت ومن مسائل الفصل أن قبول الهدية التي يجيء بها الصبي المميز جائز باتفاقهم، وقد سبق في كتاب البيع، وأنه محرم على العمال وأهل الولايات قبول هدية رعاياهم، انتهي كلامه.

وما ذكره من الإتفاق في الصبي ليس كذلك فقد سبق في الوكالة أن فيه وجهين، وسبق في أول البيع أن فيه طريقين أصحهما: القطع بالقبول، والثانية: على وجهين فتلخص أنه قد أجاب في ثلاثة مواضع بثلاثة أجوبة مختلفة، وأما هدية المتولي فقد ذكرها الرافعي في كتاب القضاء.

قوله: وإذا أنفذ كتاباً إلى شخص فقال في «التتمة» يكون هدية يملكها المكتوب إليه، وذكر غيره أنه يبقى على ملك الكاتب وللمكتوب إليه الإنتفاع به على سبيل الإباحة، انتهى.

والأصح كما قاله في «الروضة» من زاياداته هو الأول.

قوله: وهبة منافع الدار هل هي إعارة لها؟ فيه وجهان في «الجرجانيات» انتهى.

قد ذكر الرافعي في الباب الثالث من كتاب الإقرار ما حاصله رجحان كونه إعارة، فإنه قال وإذا قال هذه الدار لك عارية فهو إقرار بالإعارة ثم قال: وكذلك لو قال هذه الدار لك هبة سكنى أي بالإضافة انتهى.

فإذا كان الإتيان بلفظ الهبة المضافة إلى المنفعة إقرارا بالإعارة إذا أتى به

عن طريق الإقرار، كان الإتيان به على جهة الإنشاء كقولك ملكتك سكناها أو منفعتها إنشاء لها.

قوله: والمال المقبوض في الهبة الفاسدة مضمون على المتهب كالمقبوض بالبيع الفاسد أو غير مضمون كالمقبوض بالهبة الصحيحة؟ وفيه وجهان، ويقال قولان، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد اختلف كلامه في الراجح من هذين الوجهين فرجح في كتاب الوصايا أنه لا يضمن وعبر بالأشبه ذكر ذلك في الباب الثاني المعقود للمسائل الدورية وهي من جملة الأبواب التي عقدها للمسائل الحسابية زيادة على أبواب «الوجيز» في أثناء مسألة أولها وهب المريض عبداً قيمته مائة، وسأذكر لفظه قبيل باب الرجوع من الوصية، وجزم به أيضاً في كتاب العتق في الخصيصة الثالثة.

إذا علمت ذلك فقد جزم في كتاب البيع في الكلام على حكم المبيع قبل القبض بأنه يضمن، فإنه قسم الأعيان إلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن لا يكون مضموناً.

والثاني: أن يكون مضموناً بالقيمة.

والثالث: أن يكون مضموناً بعوض في عقد معاوضة، وجعل الهبة من القسم الثاني، وجزم به أيضاً في «الشرح الصغير» في الكلام على تحريم الصيد على المحرم، ولم يتفطن في «الروضة» لهذا الاختلاف فتبع الرافعي عليه.

وقال من «زياداته»: هنا الأصح أنه لا ضمان وهذا الثاني هو مقتضى القاعدة التي ذكرها الرافعي وغيره في الرهن، وهي أن فاسد كل عقد كصحيحة في الضمان وعدمه، وقد تقدم طرف من هذه المسألة في تحريم

الصيد على المحرم .

الأمر الثاني:أن هذه المسألة فيها طريقتان :

إحداهما: أن فيها وجهين وهي التي جزم بها الرافعي، ووافقه النووي في «الروضة» على ذلك .

والطريقة الثانية: القطع بعدم الضمان وصححها النووي في باب التيمم من كتاب «الإشارات» الذي جعله على «الروضة» «كدقائق المنهاج» فقال : إنه المشهور، وذكر مثله في «شرح المهذب» هناك فقال : فإن تلف في يده فلا ضمان، كذا قطع به إمام الحرمين وأصحاب «البحر» و«العدة» و«البيان» وغيرهم وانفرد القاضي الحسين فقال : فيه وجهان هذا كلامه، وهو تباين فاحش مع ما في «الروضة» .

كتاب اللقطة

وفيه بابان:

الأول في «أركانها»

قوله: ثم في كيفية الإشهاد وجهان:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب» يشهد على أصلها دون صفاتها لئلا يتوصل كاذب إليها.

قال البغوي: ويجوز أن يذكر جنسها.

والثاني: يشهد على صفاتها أيضاً، حتى لو مات لا يتملكها الوارث ويشهد الشهود للمالك وأشار الإمام إلى توسط بين الوجهين وهو أنه لا يستوعب الصفات، بل يذكر بعضها ليكون في الإشهاد فائدة، انتهى.

والأصح ما قاله الإمام، كذا قاله في «الروضة» قال الإمام: وما ذكرناه من المنع من ذكر تمام الأوصاف لإبراءه ينتهي إلى التحريم.

قوله: والتقاط العبد على ثلاثة أضرب:

أحدها: التقاط لم يأذن فيه السيد ولا نهى عنه ففيه قولان: أصحهما عند جماعة أنه لا يصح، ثم قال: وفي بعض الشروح أن ابن سريج قال: القولان مبنيان على أن العبد يملك، فأما إذا فرعنا على الجديد وهو أنه لا يملك فليس له الالتقاط بحال، وفي هذا القياس من جهة أنه ليس القولان في العبد هل يملك مطلقا، وإنما هما في أنه هل يملك بتمليك السيد، ولا تمليك هنا من جهة السيد، انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدهما: أن هذه الطريقة المحكية عن ابن سريج قد حذفها النووي من

«الروضة» فلم يذكرها.

الأمر الثـاني: أن الأصحاب قد ذكروا أن التـملك بالالتقاط يكون بمثابة الاقتراض ولنا في تملك العبد بعوض في ذمته كالقرض والشراء خلاف.

إذا علمت ذلك فـالناقل عن ابن سريج لـم يصرح بالبناء عى التـمليك بغيـر عوض حـتى يورد عليه مـا أورد، وإنما أطلق ذلك، والمناسب إنما هو التمليك بـعوض فوجب الحـمل عليه، وحينئـذ فلا يجيء الاعـتراض الذي قاله.

الأمر الثالث: أن دعواه نفي الخلاف في تمليك غير السيد قد تكرر منه، وليس الأمر كما إدعاه كما تقدم إيضاحه في كتاب الوقف.

قـوله: وقـدم الإمـام مقـدمـة وهي أن القـاضي لو أخـذ المغـصـوب من الغاصب ليحفظه للمالك إلى آخره.

هذه المسألة سبق الكلام عليها واضحاً في أوائل باب الفلس فراجعها.

قوله: فإن قلنا بصحة التقاط العبد فلم يعلم به السيد كان المال أمانة في يده ثم قال: فـلو أبلغه العـبد بعد مـدة التعـريف أو تملكه لنفسـه فهلك عنـده ففي الضمان وجهان:

أحدهما: أنه يتعلق بذمته كما لو ا ستقرض قرضاً فاسداً واستهلكه وبهذا أجاب الشيخ أبو محمد في «الفروق».

والثاني: بـرقبتـه كما لـو غصب شيـئاً فـتلف عنده وليس كالقـرض، فإن صاحب المال سلمه إليه، انتهى كلامه.

لـم يصحح شيـئاً في «الروضة» أيضاً، والراجح هو الوجه الثـاني، فقد رجحه الرافعي في «الشرح الصغير» فقال: إنه أشبه الوجهين.

قوله: في المسألة فإن علم به السيد وأقره في يد العبد جاز إن كان أميناً، فإن

تلف في يده في مدة التعريف فلا ضمان، وإن تلف بعدها نظرت، فإن أذن السيد في التملك وجرى التملك لم يخف الحكم ثم قال: وإن لم يجز التملك بعد ففي تعلق الضمان بالسيد وجهان منقولان في «النهاية» أظهرهما يتعلق بإذنه في سبب الضمان، وإن لم يأذن السيد في التملك فوجهان أظهرهما أن الضمان يتعلق بذمة العبد والثاني برقبته، انتهى ملخصا.

وحاصل كلامه في الفرعين الأخيرين الجزم بوجوب الضمان والتردد في ما يتعلق به، وليس كذلك فإن الراجح في ما إذا تلفت اللقطة بعد السنة وقبل إختيار التملك أنه لا ضمان فيها أصلا كما أوضحته في موضعه، وهو أوائل الباب الثاني فقال: وأما بعد السنة فقد ذكر صاحب الكتاب أنها تصير مضمونة عليه، ولم يوافقه النقلة على ذلك بل صرح ابن الصباغ، وصاحب «التهذيب» بخلافه، وقالوا إنها أمانة هذا لفظه، وذكر نحوه في «الشرح الصغير» أيضاً ومقتضاه ترجيح الثاني، وقد صرح به الرافعي في «المحرر»، وعبر بالأظهر والنووي في «الروضة» وعبر بالأصح، فتلخص أن الحكم في الفرعين المذكورين هاهنا يتفرع على وجه مرجوح عندهما فتفطن لذلك والسبب في وقوع هذا أن الغزالي ذكرهما في «الوجيز» بناء علي ما يختاره فتابعه عليه الرافعي غير مستحضر لما عداه.

واعلم أن ما تقدم نقله عن الرافعي في أوائل الباب الثاني مشعر بانفراد الغزالي بذلك مع أن ما نقله هنا عن الإمام صريح في موافقته.

قوله: الضرب الثاني أن يكون الالتقاط بإذنه ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بالصحة وإليه ميل الإمام.

والثاني: عن ابن أبي هريرة طرد القولين لما فيهما من معنى الولاية، والإذن لا يفيد أهليتهما. انتهى ملخصا.

لم يصحح شيئاً منهما في «الروضة» أيضاً والراجح طريقة القطع، كذا

رجحها الرافعي في «الشرح الصغير»، فقال: إنها أقوى الطريقين.

قوله: الضرب الثالث التقاط نهاه عنه السيد، فعن الأصطخري القطع بالمنع وعن غيره طرد القولين، انتهى.

والصحيح طريقة القولين، فقد قال الشاشي: في «الحلية» بعد حكاية مذهب الأصطخري إن سائر الأصحاب على طرد القولين.

وقال في «الروضة»: مع نقله كلام الشاشي إن طريقة الإصطخري أقوى.

قوله: وفي التقاط المكاتب طريقان:

أحدهما: يصح قطعاً.

والثاني: قولان أصحهما باتفاق الناقلين الصحة.

وحكى ابن القطان طريقة قاطعة بالمنع وهي مستغربة، ثم قال: ومن بعضه حر وبعضه رقيق في التقاطه طريقان كما في المكاتب، انتهى.

ومقتضى إلحاقه بالمكاتب أن يكون الأصح هو الصحة على كل حال فتأمله، وقد حذف من «الروضة» إلحاقه بالمكاتب، وجعل الطريقة الثانية على القولين في القن فقال: هل يصح التقاطه قطعاً أم على القولين كالقن؟ فيه طريقان، هذا لفظه من غير زيادة عليه.

إلا أنه صحح من «زوائده» تصحيح الصحة وإلحاقه بالقن يقتضي البطلان على هذه الطريقة على عكس ما ذكره الرافعي من إلحاقه بالمكاتب، وهذا كله تصرف عجيب من وجوه.

قوله: ولو التقط ما يمتنع من صغار السباع على قصد التملك ضمنه، ثم قال: ولو ردها إلى الحاكم برأ على أصح الوجهين، انتهى.

واعلم أن الملتقط للتملك والحالة هذه غاصب وفي أخذ الحاكم المال

المغصوب كلام سبق ذكره واضحاً في أوائل الفلس فافهمه وقد ذكر أيضاً ما يوافق هذا في أوائل الباب الثاني فقال في ما إذا أخذ اللقطة على قصد الجناية أنه غاصب، وفي براءته بالدفع إلى الحاكم وجهان كما في الغاصب.

قوله: وإن وجدت يعني الحيوانات الممتنعة في بلدة أو قرية أو موضع قريب منهما فوجهان أو قولان أصحهما يجوز التقاطه للتملك إلى آخره.

لم يبين في «الروضة» أيضاً الراجح من ذلك والصحيح أنه وجهان، كذا جزم به الرافعي في «المحرر» وتبعه عليه النووي في «المنهاج» وصححه أيضاً في «الشرح الصغير» فإنه عبر بقوله وجهان وقيل قولان هذا لفظه.

قوله: وما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم والعجول والكبر من كبار الإبل والبقر نظر إن وجده في المفازة فهو مخير بين أن يمسكها ويعرفها ثم يتملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يتملك الثمن، وبين أن يأكلها إن كانت مأكولة، ويغرم قيمتها، والخصلة الأولى أولى من الثانية، والثانية أولى من الثالثة. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وهو صريح بأنه لا يتحتم عليه شيء من الخصال بل يتخير وسيأتي بعد هذا في ما إذا التقط ما يمكن تحقيقه كالرطب، أنه ينظر فيه فإن كان الحظ في بيعه باعه، وإن كان في تجفيفه جففه وقياسه هنا وجوب مراعاة الأحظ.

قوله: وإن وجده في العمران فهو مخير بين الخصلتين الأولتين، ثم قال وفي الأكل قولان أرجحهما عند الأكثرين المنع، انتهى.

وما جزم به هاهنا من حكاية الخلاف قولين ذكر مثله في «الشرح الصغير» وخالف في «المحرر» فجعل الخلاف وجهين فقال ما نصه: وليس له الثالثة يعني الأكل في أظهر الوجهين، وقد تبعه النووي في «الروضة» و«المنهاج» على هذا الخلاف.

قوله: ولو التقط حيوانا فقال الإمام يجوز بيع جزء منه لنفقة باقية كما يباع جميعه وحكى عن شيخه احتمالا أنه لا يجوز لأنه يؤدي إلى أن تأكل نفسها، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز، قال: ولا يستقرض على المالك أيضاً لهذا المعنى، لكنه يخالف ما سبق في هرب الجمال ونحوه، انتهى ملخصاً.

اعترض عليه النووي فقال: الفرق بينه وبين هرب الجمال ظاهر فإن هناك لا يمكن البيع لتعلق حق المستأجر وهما يمكن فلا يجوز الإضرار بمالكها من غير ضرورة، انتهى لفظه.

والذي قاله أعني النووي ـ رحمه الله ـ غفلة فاحشة، فإن البيع هناك ممكن أيضاً وتعلق حق المستأجر غير مانع فإن بيع العين المستأجرة جائز، وقد جزم هو والرافعي في باب الإجارة بجواز بيع الجمال المذكورة حتى قالا: إنه لا يخرج على الخلاف في بيع العين المستأجرة للضرورة.

قوله: وإذا وجد رقيقاً مميزاً والزمان آمن لم يأخذه لأنه يستدل على سيده، وإن كان غير مميز أو مميزا في زمن تهب جار أخذه، وينفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه، فإن لم يكن له كسب باعه الملتقط بإذن الحاكم، وقيل يستقل به ثم قال: وإذا بيع ثم ظهر المالك، وقال: كنت أعتقته فقولان: أظهرهما يقبل قوله ويحكم بفساد البيع.

والثاني: لا كما لو باع بنفسه، انتهى.

وتقييده بالعتق يوهم عدم تصديقه في ما عداه كالبيع والوقف والهبة لأجل ما يتخيل من قوة العتق، وليس الأمر كذلك بل التصرفات المزيلة للملك كلها سواء في ذلك، كذا جزم به الرافعي قبيل كتاب الصداق بقليل وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى بمعنى آخر فراجعه.

وقوله أيضاً كما لو باع بنفسه ويوهم أن بيع الوكيل ليس كبيع نفسه، ولهذا اعتر به ابن الرفعة في «الكفاية» فجزم به في كتاب النكاح في الكلام

على غيبة الولي ولبس الأمر كذلك، بل حكمه حكم ما لو باع بنفسه كما جزم به الرافعي في الموضع الموعود بذكره.

قوله: سواء وجد في العامر أو الغامر.

اعلم أن هاتين اللفظتين بالعين والميم إلا أن عين الأولى مهملة وعين الثانية معجمة، فالعامر بالمهملة معروف، وبالمعجمة نقيضه.

قال الجوهري في الكلام على الغين المعجمة والعامر من الأرض خلاف العامر، وقال بعضهم العامر من الأرض ما لم يزرع مما يحتمل الزراعة وإنما قيل له غامر لأن الماء يبلغه فيغمره، وهو فاعل بمعنى مفعول، وبنى على فاعل ليقابل به العامر، وما لا يبلغه الماء من موات الأرض لا يقال له عامر.

قوله: يشترط في اللقطة أن تكون شيئاً ضاع من مالكه بسقوط أو غفلة أو نحوهما فأما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره، أو ألقى إليه هارب كيساً ولم يعرف من هو أو مات مورثه عن ودائع وهو لا يعرف ملاكها فهو مال ضائع يحفظ ولا يتملك انتهى.

فيه أمور:

أحدها: أنه قد تابعه في «الروضة» على ما ذكره هنا في الثوب، وجزم في «شرح المهذب» في زكاة المعدن والركاز في الكلام علي الركاز الإسلامي بأن الثوب المذكور لقطة.

[**الثاني**: أن الشيء المحكوم بكونه لقطة][1] قد لا يكون فيه ضياع بالكلية، وذلك كولد اللقطة قبل إختبار التملك، فإن الواجد يتملكه بعد الحول والتعريف لأنه مع كونه غير ضائع هذا هو مقتضى القواعد ولم يتعرض له الرافعي.

(١) سقط من أ.

وكذلك إذا وجد ركازا من دفين الإسلام تيقنا بأنه لم يضع من صاحبه، وذلك بأن أعلم صاحبه به غيره، ثم قتل صاحبه أو مات ولم يعلم هل له وارث أم لا ولم يأخذه ذلك الغير بل أعلم به من أخذه، وكذلك أيضاً إذا لم يوجد فيه شيء من هذه الشروط لإنا لم نعلم الضائع.

الأمر الثالث: أن التقييد بالمالك يرد عليه أمور:

منها: ما لا يملك بالكلية [كالكلب](١) والخمر المحترمة ونحوهما، فإنه يصح التقاطه على الصحيح كما بسطه الرافعي وبنى عليه فروعاً.

ومنها: إذا علم الضائع من غير مالك كما إذا وجد حيواناً معلماً بعلامة الهدى كالإشعار والتقليد فإنه يجوز التقاطه في أصح القولين ويعرفه أيام منى.

قال في «الروضة» وفائدة التقاطه جواز التصرف فيه بالنحر بعد التعريف ومن ذلك المستعير والمستأجر والمودع ونحوهم، وفي الغاصب ونحوه نظر، وأما الموقوف فقد يجوز التقاطه لتملك منافعه كما قلنا في الكلب، فقد يجوز لأجل التصرف في منافعه بالإيجار والصرف إلى الفقراء لأنه لم يعلم مصرفه كما جوزنا النحر والتفرقة في الهدي.

---

(١) سقط من ب

الباب الثاني: في «أحكام اللقطة»

قوله: وإذا قلنا بالظاهر أي أن المودع لا يضمن بقصد الخيانة فلو قصد ذلك في أثناء الأخذ ففي كونه ضامناً وجهان، انتهى.

وهذه المسألة لم يذكرها الرافعي في باب الوديعة، وقد أسقطها النووي من هذا الموضع وكأنه ظن أن الرافعي ذكرها في بابها فأسقطها، وليس كذلك.

قوله: ومهما صار الملتقط خائناً في الدوام إما بنفس الخيانة، أو بقصدها ثم أقلع وأراد أن يعرف ويتملك فوجهان: أحدهما المنع لأنه صار مضمونا عليه بتعديه والأمانة لا تعود بترك التعدي.

ووجه الثاني: أن التقاطه في [الإبتداء][(1)] انعقد مقيداً للملك فلا يبطل حكمه بتفريط نظراً، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»، لكن إيراد الكتاب يشعر بترجيح الأول ويؤيده أنهم شبهوا الوجهين، إلى آخره.

ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً، [وهو ظاهر في رجحان المنع، وصحح النووي في «الروضة»][(2)] أن له أن يتملكه، ولم ينبه على أنه من زياداته، بل أدخله في كلام الرافعي، وهو غريب جداً، فتفطن له.

قوله: وهل يجوز تفريق السنة بأن يعرف شهرين ويترك شهرين وهكذا؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه أجاب الإمام لا لأنه إذا فرق لم يظهر فائدة التعريف.

والثاني: وهو الذي أورده العراقيون والقاضي الروياني يجوز، انتهى.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ب.

ذكر نحوه في «الشرح الصغير» أيضاً وفيه أمران:

أحـدهمـا: أن مقتضاه رجحـان الجواز لأن القائلين به أكثر، إذا علمت ذلك فقد صـرح بترجيح الأول في «المحرر» فـقال: فيه وجـهان: أشبهـهما المنع.

الأمـر الثـاني: أن النووي في «الروضة» عرب عـن قول الرافعي، وهو الذي أورده العراقيون بقـوله: قطع به العراقيون، ثم اعترض عـليه فقال من زياداته: قلت الجواز أصح ولم يقطع به العراقيون، بل صححوه هذا كلامه، وهو غريب.

قوله في كـيفـية التعـريف :ولا يستـوعب الصفات ولا يبـالغ فيـها لأن لا يعتمـدها الكاذب فإن بالغ ففي مصـيره ضامناً وجهـان لأنه لا يلزمه الدفع إلا ببينة لكن قد يرفعه إلى حاكم يلزمه الدفع بالوصف، انتهى.

والأصح وجوب الضمان كذا صححه في «الروضة» من «زياداته».

قوله: أما إذا قـصد الحفظ أبداً ففي وجـوب التعريف وجهـان والأكثرون على أنه لا يجب. انتهى.

وما قاله ـ رحـمه الله ـ يستثنى منه لـقطة الحرم فإنه لا يجري فـيها هذا الخلاف، بـل يجب التعـريف جزمـاً للحديث الوارد فـيهـا، كذا قـاله في «الروضة» من زياداته عن الأصحاب في الكلام على لقطة الحرم.

قـوله الخامسـة : ليكن التـعـريف في الأسواق ومـجـامع الناس وأبواب المساجد، ولا يعرف في المساجد، وكمـا لا يطلب الضالة فيه، قال الشاشي في المعتمد: إلا أن أصح الـوجهين جواز التعريف في المسجـد الحرام بخلاف سائر المساجد . انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وكـذلك ابن الرفعة في «الكفاية» وهو ظاهر في تحريم ذلك في بقية المساجد، وليس كـذلك فإن المنقول فيه إنما هو الكراهة،

وقد جزم به النووي في «شرح المهذب» في آخر باب الخيانة في الفصل المعقود لأحكام المساجد.

قوله: في «الروضة» فرع قال في «التتمة» يحل التقاط السنابل وقت الحصاد إن أذن فيه المالك أو كان قدراً لا يشق التقاطه عليه وإن كان يلتقطه بنفسه لو اطلع عليه وإلا لم يحل. انتهى كلامه.

وما ذكره في أخره من تعبيره بقوله وإلا أي بواو وهمزة قد شاهدته في النسخة التي هي بخطه ـ رحمه الله ـ وهو فاسد تبع فيه نسخة محرفة من نسخ الرافعي بل صوابه أولاً أي بهمزة ثم واو، وقد ذكره في «التتمة» على الصواب فقال: الثاني جرت العادة بالتقاط ما يقع من أيد الحصادين من السنابل، فإن كان المالك أذن فيه فهو حلال، وإن لم يكن قد أذن فيه فهو حلال وإن لم يكن قد أذن فيه صريحاً إلا أن المالك لا يلتقطه في العادة، ولا يشق عليه التقاط الناس له فيحل التقاطه، وإن كان المالك يلتقطه ويثقل على قلبه التقاط الناس له فلا يحل هذه عبارته.

قوله: وإن التقط في صحراء عرف في البلد التي يقصدها قربت أم بعدت، ولا يكلف أن يغير قصده ويعدل إلى أقرب البلاد كذا قاله الإمام والغزالي، وذكر المتولي وغيره أنه يعدل فيعرف في أقرب البلاد وهذا إن أريد به الأحب فذاك، وإلا حصل وجهان في المسألة، انتهى ملخصاً.

والأصح أنه لا يكلف العدول، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في «الروضة».

قوله: وإن وجد في القرية ما يفسد لو بقى كالهريسة جاز الأكل في أرجح القولين عند عامة الأصحاب، ثم قال: وقضيته ترجيح القول بجواز أكل الشاة إذا وجدت في الصحراء كما ذكره الشيخ أبو حامد إلى آخره.

والتعبير بقوله إذا وجدت في الصحراء وقع كذلك في نسخ الرافعي وهو

سهو والصواب أن يقول إذا وجدت في البلد لأن الشاة الموجودة في [الصحراء يجوز أكلها اتفاقا وخلاف الشيخ أبي حامد في الموجودة في](١) البلد، فإنه ذهب إلى الجواز أيضاً على خلاف ما قاله الأكثرون كما أوضحه الرافعي في الباب الأول.

قوله: ويجب على الآكل إقرار القيمة المغرومة من ماله، لأن ما في الذمة لا يخشى هلاكه، وإذا قرر كان المقرر أمانة وقيل: يجب احتياطاً لصاحب المال ليتقدم بها عند إفلاس الملتقط، وعلى هذا فالطريق أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب المال، وإن لم يجد حاكماً فهل للملتقط بسلطان الالتقاط أن يستنيب عنه؟ فيه احتمال للإمام انتهى.

ذكر في «الروضة» مثله، وما اقتضاه كلامه من أن احتمال الإمام مخصوص بحالة فقدان الحاكم ليس كذلك، فقد صرح بأنه يجري مع وجوده ومع عدمه، وقد علم من التعبير بالإستثناء به، أن المراد تفويض ذلك إلى غيره بفعله لافعل الملتقط نفسه فتفطن له.

قوله في المسألة: وذكر الإمام أنه إذا أفرز القيمة لم يصر ملكا لصاحب المال لكنه أولى بتملكها، وبمثله أجاب المصنف في «الوسيط» لكنه لو كان كذلك لما سقط حقه بهلاك القيمة المفروزة، وقد نصوا على السقوط وأيضاً نصوا على أنه إذا مضت مدة التعريف فله أن يتملك تلك القيمة كما يتملك نفس اللقطة، وكما يتملك الثمن إذا باع الطعام، وهذا يقتضي صيرورتها ملكاً لصاحب اللقطة، انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما عزاه إلى الإمام [من عدم الملك ليس بصحيح، وإنما نقله الإمام عن غيره وزاد على ذلك فرده، فقال: ثم إذا قبض القاضي فقد تفرض قائمة مقام مالك اللقطة تقديرا حتى تصير القيمة مملوكة له، ويمتنع إبدالها، وقال الأصحاب: لا يملكها، وإنما يكون أولى بها لو أفلس الملتقط

---

(١) سقط من أ.

وهذا فيه بعد، وبتقديره فلا يدخل في ملكه بمجرد ظهوره، بل له أن يتملكها وأن يعرض عنها، انتهى كلامه ملخصاً.

الثاني: أن ما ذكره من سقوط حق المالك عند تلف القيمة المفرزة، إذا قلنا بأنه يملكها يشكل على ما ذكره في الأضحية فإنه قال في الكلام على أحكام الضحايا، ولو كان في ذمته دم عن فوات أو تمتع أو أضحية أو هدي عن نذر مطلق، ثم عين بدنة أو شاة عما في ذمته فقد قدمنا خلافا في أنها هل تتعين؟ والظاهر التعيين وحينئذ فالظاهر زوال الملك عنها كالمعينة إبتداء، لكن لو تلفت ففي وجوب الإبدال وجهان:

أصحهما: الوجوب وهو الذي اقتصر عليه المعظم لأن ما التزمه ثبت في ذمته، والمعين وإن زال ملكه عنه فهو مضمون عليه كما لو كان لرجل على آخر دين فاشترى منه سلعة بذلك الدين، ثم تلفت السلعة قبل التسليم في يد بائعها فإنه ينفسخ البيع ويعود الدين كذلك هاهنا، يبطل التعيين ويعود ما في ذمته انتهى كلامه.

وذكر مثله في «الروضة» فإن قيل: إنما سقطت القيمة في اللقطة، لأن الحاكم يقبضها فأقمنا قبضه مقام قبض المالك قلنا لم لا أوجبنا قبض الحاكم في الأضحية أيضاً، لاسيما أنه يؤدي إلى إيجاد القابض والمقبض.

الأمر الثالث: أن الرد بالوجه الثاني على الإمام والغزالي سهو، فقد جزم الإمام بأن القيمة بعد مدة التعريف على حالها في يد الحاكم مبقاة علي حق مالك اللقطة وكذلك الغزلي في «الوسيط»، فإنه قال: فالأشهر أنه لا يرتفع الحجر، بل يحفظه أبداً لمالكه لأنه بدل اللقطة لا عينها ووقع لابن الرفعة هنا أغلاط بعضها قلد فيه الرافعي وبعضها من قبله، وذكر القاضي الحسين في تعليقه أنا إذا قلنا لا يحتاج إلى إفراز القيمة أولا فلابد من إفرازها بعد الحول عند التملك لأن تملك الدين لا يصح.

قوله: لنا أي في جواز التملك للغني والفقير قوله ﷺ في حديث زيد بن خالد الجهني: فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها، ولم يفرق بين الغني والفقير

انتهى كلامه.

وما ذكره لا دلالة فيه البتة لأن الخطاب مع واحد معين ولابد أن يكون حالة الخطاب وتجويز الأخذ متصفاً بواحدة منها ويستحيل إتصافه بهما معاً فيكون الحديث دالاً على المتصف ببدل الصفة خاصة.

قوله الثالثة: في لقطة مكة وحرمها وجهان أو قولان: أظهرهما: أنه لا يجوز أخذها للتملك، انتهى.

واعلم أن نسخ الرافعي هنا مختلفة ففي بعضها ترديد القول كما ذكرته هاهنا وفي بعضها الجزم بأن الخلاف قولان، والراجح عند الرافعي أنه قولان كذا رجحه في «الشرح الصغير» وجزم النووي في «الروضة» و«زوائد المنهاج» بأنه وجهان.

وقوله: وإن ظهر المالك بعد التملك، وقد زادت فالمتصلة يبيعها، والمنفصلة تسلم للملتقط. انتهى.

وإطلاقه أن المنفصلة كالحمل ونحوه يكون للملتقط، قد تابعه عليه في «الروضة» وليس كذلك فإن الحمل قد يكون موجوداً عند المالك أو يحدث في مدة التعريف أو بعدها، وانفصاله قد يكون بعد الرجوع وقد يكون قبله ويأتي فيه ما سبق في نظائره كالرد بالعيب والفلس ونحوها فراجعه.

قوله: فلو أراه اللقطة وقال هاتها فأخذها لنفسه فالآخذ أولى، وإن أخذها للآخر أو لنفسه وله فعلى الوجهين في جواز التوكيل بالاصطياد ونحوه انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على ذلك، وهو مخالف لما ذكره في الوكالة في الكلام على التوكيل في المباحات فراجعه، فإنه قد تقدم التنبيه عليه.

قوله: وإذا دفع اللقطة إلى الحاكم وترك التعريف والتملك، ثم ندم وأراد أن يعرف ويتملك، ففي [تمكينه](١) وجهان حكاهما ابن كج، انتهى.

قال في «الروضة»: المختار عنهما المنع، لأنه أسقط حقه.

(١) في الأصول: تمكنه، والمثبت من «الروضة».

قوله: وفي «المهذب» أنه إذا وجد خمراً أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها لأن إراقتها مستحقة فإن صارت عنده خلاً فوجهان:

أحدهما: أنها للمريق كما لو غصبها فصارت خلاً.

والثاني: للواجد لأنه أسقط حقه بخلاف الغصب، وهذا الذي ذكره تصويرا وتوجيها إنما يستمر في الخمر المحترمة، وحينئذ لا يكون إراقتها مستحقة، أما في الإبتداء فظاهر، وأما عند الواجد فينبغي أن يجوز إمساكها إذا خلا عن قصد فاسد، ثم يشبه أن يكون ما ذكره مخصوصاً بها إذا أراقها لأنه معرض، أما إذا ضاعت المحترمة من صاحبها فلتعرف كالكلب، انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن الأصح من هذه الوجهين أنها للواجد، كذا صححه النووي من زياداته في باب الغصب، وفي أصل «الروضة» في كتاب الصيد والذبائح.

الأمر الثاني: أن ما ذكره الرافعي من تصوير المسألة وتوجيهها إنما يستمر في الخمر المحترمة كلام عجيب على العكس فما يدل عليه كلام «المهذب»، وأما التصوير وهو وجود الخمر التي أراقها صاحبها فلا دلالة فيه لا على ما قاله ولا على خلافه، بل دلالته على خلافه أقرب لأن المحترمة وهي التي عصرت بقصد الخلية لا يريقها عاصرها غالبا، وأما التعليل فدال على عكس ما قاله لأن استحقاق الإراقة من المريق أو الواجد ينفي تصويرها بغير المحترمة فإن أراد التعليل المذكور للوجهين فلا يدل أيضاً، لأن غير المحترمة لو صارت خلاً في يد الغاصب لكانت للمغصوب منه كما ذكره في الغصب، وكذلك لو تخللت في يده لكان الخل ملكاً بطريق الأولى وكأنه ـ رحمه الله ـ ظن أن غير المحترمة إذا غصبها غاصب فتخللت عنده أن الخل يكون له، أو تمسك بقوله لأنه أسقط حقه والمراد أن حقه من هذا الخل قد

سقط بإراقتها وهـي خمر كما أشرنا إليه نعم، إن علم الواجد أنهـا محترمة فـواضح وإن لم يعلم فـالظاهر كـما قـاله في «الروضـة» من زياداته عـدم إحترامها، وحينئذ فيجب على الواجد إراقتها.

الأمـر الثـالث: أن قول الرافـعي ثم يشبه في آخره أراد به أن مـا ذكره صاحب «المهذب» من التمثيل بالخمـر المراقة ينبغي أن يكون الحكم مقصورا عليه أي لا يـتعدى إلى غـير المراقـة، وإليه أشار بـقوله مخـصوصـا، فإن صاحب «الروضة» باعتراض فاسد سببه عدم فهمه لكلام الرافعي فقال: وأما قول الرافعي يشـبه أن يكون كذا إلي أخره فقد صـرح به صاحب «المهذب» فقال: وجد خمرا أراقها صاحبها هذا لفظ النووي وهو غلط لما عرفته، ومن العـجب أن الرافعي قـد ذكر هذا الكلام من جـملة ما نقله عن «المـهذب» فكيف يمكن أن يخطر للرافعي استدراكـه أيضاً عليه؟ وكيف أيضاً ذهل أعني النووي عن قول الرافعي مخصوصا بكذا؟

قوله: وقـد سبق أن البـعير ومـا في معناه لا يلتـقط إذا وجد في الصـحراء واستثنى صاحب «التلخيص» ما إذا وجد بعيراً في أيام منى مقلداً في الصحراء تقليد الهديـا فحكى عن نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه يأخـذه ويعرفه أيام منى، فإن خاف فوت وقت النحر نحوه، ويستـحب إستئذان الحاكم فيه، وفي قول لا يجـوز أخذه، وقال القفـال: الإستئـذان في الذبح واجب ولك أن تقول الاستـثناء غير منتظم، وإن قلنا أنـه يؤخذ لأن الأخذ منه إنما هو الأخـذ للتملك ولا شك أن هذا البعير لا يؤخذ للتملك، انتهى كلامه.

وأجاب في «الروضة» عنه فـقال: قد سبق في جواز أخذ البـعير لآحاد الناس للحفظ وجهان، فإن منعـناه ظهر الإستثناء وإن جوزناه وهو الأصح، ففائدة الإستثناء جواز التصرف فيه بالتحر هذا لفظه.

واعلم أن منصوص الشافعي في الأخذ للحفظ إنما هو الجواز والمنع وجه

لا قول كذا هو مذكور في «الشرح» و«الروضة» فلا يصح الجواب، إذا فرعنا على المنع لأن المجوز هنا هو المجوز هناك، وأما جوابه إذا فرعنا على الجواز فـمـردود أيضاً لأن الـكلام في الأخذ لا فـي التصـرف على أن الالتـقـاط المذكور، كما أنه ليس للتـملك ليس للحفظ فإن فيه تصرفاً، فـيقال للرافعي والأخذ الجـائز أيضاً إنما هو للحفظ وليـس هذا له إلا أن هذا لا يدفع سؤال الرافعي، ويتحقق سؤاله بما ذكره، وكذلك اقتصر عليه.

كتاب اللقيط

وفيه بابان:

الأول في الالتقاط

قوله: في وجـوب الإشهـاد إذا وجد اللقـيط طريقان: أحدهمـا :أنه على وجهين أو قولين كما قدمنا في اللقطة ،وأظهرهما القطع بالوجوب، انتهى.

وما ذكره هنا من ترجيح طريقة القطع ذكر مثله في الشرح الصغير أيضاً ثم خالف في «المحرر» فـجزم بطريقة الخلاف فقال مـا نصه وأصح الوجهين وجوب الإشهاد عليه هذا لفظه وتبـعه النووي في «الروضة» و«المنهاج» على الموضعين.

قوله: وأظهـر الوجهين تقـديم الغني على الفقـير وعلى هذا لو تـفاوتا في الغنى فهل يقدم أكثرهما مالاً؟ فيه وجهان حكاهما الإمام، انتهى.

والأصح عدم التقديم كذا صححه في «الروضة» من زياداته.

قوله: وإن وجـده البدوي في حِلَّـة أو قبيلة فـي البادية، فإن كـان من أهل حلة مقيمين في موضع راتب أقر في يده، وإن كان ممن ينقلون من موضع إلى موضع منتجعين ففي منعه وجهان. انتهى.

والأصح أنه لايمنـع، فـقـد قـال في «المحـرر»: إنه الأشـبـه ، وفي «الروضة»: إنه الأصح ولم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً.

قوله: ولو اجـتمع على لقـيط في القرية قروي مـقيم بهـا وبلدي، قال ابن كج: القـروي أولى، وهذا تخريج على منع الـنقل من بلد إلى بلد فإن جـوزنا وجب أن يقال هما سواء. انتهي.

قال في «الروضـة»: المختار الجـزم بتقديم القـروي مطلقا كمـا قاله ابن

كج، وإنما يجوز النقل إذا لم يعارضه معارض.

قوله: قال الغزالي في الكتاب: وينفق على اللقيط مما وقف على اللقطاء، أو وهب منهم أو أوصى لهم، لكن الهبة لغير معين مما تستبعد، ويجوز أن تنزل الجهة العامة منزلة المسجد حتى يجوز تمليكها بالهبة كما يجوز الوقف عليها، وحينئذ فيقبله القاضي. انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن هذه المسألة التي توقف فيها الرافعي قد حذفها النووي من «الروضة» ولما عدا الأركان في باب الهبة، قال: هي أربعة، الأول والثاني العاقدان وأمرهما وأصح هذه عبارته، لكن قد حصل التوقف في هذه المسألة العارضة، وهي من جملة الركنين، وحينئذ فينبغي الوضوح.

الأمر الثاني: أن كلامه صريح في اشتراط القبول بتقدير إلحاق الهبة بالوقف في الصحة إذا كانت لجهة عامة، لكن الوقف لا يشترط فيه القبول إذا كان على الجهة، وقياس الهبة كذلك، نعم أورد الرافعي في كتاب لاوقف سؤلا يقتضي الاشتراط فلم يجب عنه.

قوله: في «الروضة» والدنانير المنثورة فوق اللقيط له، كذا المضوية تحته وتحت فراشه، وفي التي تحته وجه ضعيف، انتهى.

ومقتضاه القطع بأن الذي تحت فراشه له وجريان الخلاف في ما فوق الفراش وتحت الطفل وهو غير منتظم وهنا الخلاف قد صرح به الماوردي وحكاه على الصواب فإنه قطع بأن الذي فوق الفراش، وعلل المنع بأن الدراهم لم يجر عادتها أن تكون مبسوطة على الأرض وعبارة الرافعي أيضاً موهمة، فإنه قال: وكذا الدنانير المصبوبة تحته وتحت فراشه وحكى ابن كج وجهين في التي تحته هذه عبارته وحاصلها أن الرافعي لما حكى ما قال ابن كج وقد رأى في كلامه التعبير بتحت لزم ذكرها وهي قابلة للتأويل محتملة

ومحتـاجة إلى فهم ما ذكره ابن كج قبلـها فتصرف النووي وعبـر بعبارة من عنده زادته خللا وعينته للفساد.

قوله: في «الروضـة» ولو كان من جـهة أو دار ليس فيـها غـيره فهـما له، وعن «الحـاوي» وجهـان في البسـتان، قلـت وطرد صاحب «المسـتظهـري» الوجهين في الضيعة، وهو بعيد وينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها، والله أعلم.

وما ذكره النووي غريب، فإن الماوردي قد جمع بين الضيعة والبستان في حكاية الوجهـين فقال: والضـرب الثاني أن يكون مما لم تجر الـعادة بسكناه كالبساتين والضياع فعلى وجهين:

أحدهما: يحكم بأنه ملكه كالدور.

والثـاني: لا لأن سكنى الدار تصرف وليس الحصول في البستان سكنى ولا تصرف هذه عبارة الماوردي ولا شك أن إقتصار الرافعي على البستان هو الذي أوقع النووي في الوهم إلا أن الـذي نقل الرافعـي عنه ذلك إنما حكاه فيه خاصة.

قوله: وإن كان بقرية مال فلا يجعل له في أصح الوجهين كالبعيد.

والثاني: نعم لأن مثل هذا يثبت اليد والإختصاص في حق البالغ، انتهى.

ومحل الخلاف كما قاله في «الحاوي» في ما إذا كان الموضع منقطعاً قليل المارة، فإن كان أهلا كبير الطروق كان لقطة.

واعلم أن ما جـزم به الرافعي من جعلـه للبالغ، واستـدل به على عدم جعله للصبي، وفرق بينه وبين الكبير بأن الكبـير يقدر على إمساك ما يقاربه من مال أو فرش، فإذا لم يفعل إرتفعت يده فزال الملك بخلاف الصغير.

قوله: ولو كانت الدابة مشدودة باللـقيط وعليها راكب، قال ابن كج: هو بينهما . انتهى.

وهذا الذي نقله عن ابن كج من كون اللقـيط يشارك الراكب، وأقره هو

والنووي عليه ليس هو الصحيح فإن اللقيط والحالة هذه غايته أن يكون كرجل عاقل قائد لدابة عليها راكب، والصحيح فيها أن اليد للراكب، كما ذكره الرافعي في آخر كتاب الصلح، فقال: أنه المذهب، ونقل مقابله عن أبي إسحاق المروزي فقط، وذكر المسألة أيضاً في كتاب ضمان البهائم، وحكى فيها وجهين من غير ترجيح، واقتضى كلامه جريان الخلاف في السابق مع الراكب أيضاً، ولم يذكرها في «الروضة» لا في الصلح ولا في ضمان البهائم.

قوله: فإن لم يعرف للقيط مال ففيه قولان:

أصحهما: أنه ينفق الإمام عليه من بيت المال.

والثاني: يستعرض له الإمام من بيت المال أو بعض الناس،

فعلى هذا إن لم يكن في بيت المال شيء ولم يقرض أحد جمع الإمام الإمام أهل الثروة من البلد وبسط عليهم نفقته وجعل نفسه منهم، ثم إن بان رقيقاً رجعوا على سيده، وإن بان حراً وله مال أو قريب فالرجوع عليه، وإن بان حراً لا قريب له ولا مال ولا كسب قضى الإمام حقهم من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما يراه. انتهى كلامه.

وما ذكره من الرجوع على القريب خلاف القواعد، فإن نفقة القريب تسقط بمرور الزمان، وقد نبه النووي أيضاً على ضعفه، فقال: اعتبار القريب غريب قل من ذكره، قال: وهو ضعيف.

قوله: فإن قلنا نفقته في بيت المال فتعذر قام المسلمون بكفايته، وطريقة طريق القرض وفي قول طريق النفقة، ثم قال: ولم يتعرض الأصحاب لطرد الخلاف في أنه إنفاق أو إقراض إذا كان في بيت المال مال، وقلنا نفقته منه، والقياس طرده. انتهى.

قال في «الروضة»: ظاهر كلامهم أنه اتفاق فلا رجوع لبيت المال قطعاً.

قال: وهذا هو المختار الظاهر.

قولـه: وإذا كان للقـيط مال فـهل يسـتقل الملتقط بحـفظه؟ فـيه وجـهان: أصحهما على ما يقتضيه كلام البغوي الاستقلال انتهى.

والراجح ما قـاله البغوي، كذا رجحـه الرافعي في «الشرح الصـغير»، وعبر بقوله: أرجحهما وعبارة «المحرر» رجح بينهما.

وصحـحه النووي في «المنهاج» واقـتصر في «الروضـة» على النقل عن «المحرر» لكنه عبر بقوله رجح الرافعي، وقد ظهر لك أنه ليس كذلك بل هو كالكبير سـواء عبر أنه صرح في الكبير بالفاعل وبناه للمـفعول في «المحرر» وكأنه نقل عن «المحرر» من «المنهاج».

قولـه: وعلى الوجهين ليس له إنفـاقه على اللقـيط إلا بإذن القاضـي، فإن فعل ضمن وفي كتاب القاضي ابن كج وجـه غريب أنه لا يصير ضامناً، انتهى كلامه.

وما ذكره من حكاية ذلك وجهاً وأنه غـريب كلاهما غريب، فإن المسألة فيها قولان شهيران حكاهما القفال والشيخ أبو محمد في المسلسلة في كتاب الدعوى في الكلام على مسـألة الظفر بالحق من الغريم، وبنى عليهـا مسألة أخرى وقـد ذكر الرافعي أيضـاً هذا الخلاف في الموضع المشار إليـه، وسوف أذكره إن شاء الله تعالى هناك لأجل اعتراض عليه فراجعه .

الباب الثاني: في «أحكام اللقيط»

قوله: في أصل «الروضة» فإذا أسلم الجد أبو الأب أو أبو الأم تبعه الصبي إن لم يكن الأب حياً قطعاً، انتهى كلامه.

ليس كما قال من دعوى القطع فقد ذهب القفال إلى أنه لا يتبع إذا كان الصبي قد ولد بعد إسلام الجد وفي حياة الأب فأما إذا كانت ولادته بعد موته، فقد سلم أنه يتبع، كذا رأيته في فتاوى البغوي، ولم يدع الرافعي أن ذلك مقطوع به، بل هو من زيادات النووي.

قوله: وإن سبي ومعه أحد أبويه لم يحكم بإسلامه. انتهى.

ومعنى قولهم ومعه أحد أبويه أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة، ولا يشترط كونهما في ملك رجل واحد، كذا ذكره البغوي في كتاب الظهار من «التهذيب» وتبعه النووي في «الروضة».

قوله: وأما الجناية عليه فإما أن تكون خطأ أو عمداً، فإن كانت خطأ نظر إن كانت على نفسه أخذت الدية ووضعت في بيت المال، وقياس من قال بالتوقف في أحكامه أنا لا نوجب الدية الكاملة، ولم أر ذكره. انتهى لفظه.

زاد النووي على هذا فقال: قلت: الصواب الجزم بالدية الكاملة انتهى.

وهذا الذي نفاه هنا قد ذكر بعده ما يثبته فقال في الحكم الرابع ما نصه: وإذا قتل خطأ فالواجب الدية على أظهر القولين أخذاً بظاهر الحرية وأقل الأمرين من الدية أو القيمة في الثاني بناء على أن الحرية غير مستيقنة فلا يؤاخذ الجاني بما لا يستعين شغل ذمته.

ثم قال الإمام: وقياس هذا أن يوجب أقل الأمرين من قيمة عبد أو دية مجوسي لإمكان الحمل على التمجس، انتهى كلامه.

فانظر كيف ذكر أولاً، أنه لم ير إلا الجزم بالدية الكاملة، وأن قياس

التوقف أن لا نوجبها ورد عليـه النووي في هذا البحث، ثم صرح بعد ذلك بالخلاف في إتمامها نظراً للتوقف في حريته وإسلامه.

نعم: لكلامه تأويل فيه قرب وهو أن يقال: مراده بالموضع الأول أنهم لما أوجبوا الدية جزموا بوجوبها كاملة واحـتمال لقوة تمنع تكميلها وليس مراده أن الدية مجزوم بهـا، وأما الموضع الثاني فالخلاف فيـه في أصل وجوبها لا في القدر إذا أوجبناها، فالكلام هنا في الأصل وهناك في القدر.

قـوله: في أصل «الروضـة» وإن كـانت عـمـداً، فـإن قـيـل: بعـد البلوغ والإفصـاح بالإسلام، وجب القـصـاص قطعاً، وقـيـل: على قولين، ثم قـال ما نصه: وإن قـتل بعد البلوغ قبل الإفـصاح فعلى الخلاف، وقـيل: لا تجب قطعاً، لقدرته على الإفصاح الواجب هذا لفظه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما ذكره في المسألة الأولى من تصحيح طريقة القطع مناقض لما ذكره في أول باب إستيـفاء القصـاص، فإنه جزم هـناك بأن في وجوب القصـاص يقبل ولا وارث لـه قولين، وأنهـما سبـقا هنا، وأشـار إلى هذا الموضع، والرافعي ـ رحمه الله ـ سالم من هذا الإختلاف، فإنه لم يصحح هنا طريقة القطع، بل مقتضى كلامه أن القائلين بطريقة القولين أكثر عددا.

الأمر الثـاني: أن كلام الرافعي صريح في أن المسـألة الثانية كالأولى في الوجوب وهوغلط عـجيب، فـإنه قد قال قـبل ذلك في الكلام على تبعـية الأبوين في الإسلام أن المحكوم بإسـلامه تبعـاً لأبويه إذا بلغ ووصف الكفر كان مرتداً علي المشـهور حتى لا يقر عليه، ثـم حكى بعد ذلك في وجوب القصاص بنقلـه قولين وقال: أظهرهما: لا يجب للشـبهة وانقطاع التبـعية، فإذا تـقرر عـدم الوجوب في المسلم تبـعا لأبويه إذا بلغ وسكـت لاحـتمال دعوى الكفـر الذي لا يقر عليه فكيف يعـقل معه الوجوب في المسلم تبـعاً

للدار إذا بلغ وسكت مع احتمال الكفر الذي يقر عليه، ولأجل هذا المعنى كان في التابع للدار طريقة قاطعة بعدم الوجوب كما تقدم بخلاف التابع لأبيه، والرافعي ذكر المسلم تبعا لأبيه كما ذكره النووي في «الروضة»، وأما المسلم تبعا للدار فلم يتعرض فيه لما يقتضي تصحيح شيء من الطريقين وقد ذكر النووي المسألتين في «تصحيح التنبيه» على الصواب، وصحح فيهما أنه لا قود.

الثالث: أن ما ذكره في القتل بعد البلوغ محله إذا وقع ذلك بعد التمكن من الإخبار عما عنده، فإن كان قبله فحكمه حكم ما لو مات قبل البلوغ، كذا ذكره الرافعي في كتاب الظهار.

قوله: ولو قتل اللقيط في صغره وجب القصاص في أصح القولين، وقطع به بعضهم، واختلفوا في مأخذ المنع.

فقال قوم: لأن المسلمين هم المستحقون واجتماعهم على الاستيفاء متعذر، وبناه في «التقريب» على أن المحكوم بإسلامه يتوقف فيه إلى أن يعرب بالإسلام، وقد مات الإعراب بموته.

والقائل الأخر يقول: يجري عليه أحكام الإسلام ولا يتوقف، ويخرج من كلام ابن سلمة والقفال مأخذ ثالث وهو داره شبهة الرق والكفر.

ثم قال ما نصه: وإذا كان الجاني في النفس أو الطرق كافراً رقيقاً جرى القولان على المأخذ الأول دون الثاني والثالث.انتهى كلامه.

ذكر في «الروضة» نحوه أيضاً وهو صحيح في النفس، وأما في الطرف فجريان الخلاف فيه على المأخذ الأول سهو لأن الاستحقاق فيه للقيط، وهو متعين لا لعامة المسلمين.

قوله قبيل الحكم الثالث: لكن البحث إذا انتهى إلى مثل ذلك قد نزله. انتهى.

النزل بضم النون وإسكان الزاي وبفتحها هو الريع يعني الفائدة حكاه الجوهري ثم ذكر الرافعي عقب هذا الكلام متصلاً به بحثاً مع صاحب «التقريب» فيه ضعف عليه بشيء، كلامه ظاهر في أنه لا يقول به، وكلام الرافعي أيضاً يخالفه، وفي هذا القدر تنبيه على فهمه لمن يقف عليه.

قوله: وإذا جنى على اللقيط وهو فقير مجنون جاز لوليه العفو على مال، وهل هو عفو كلي وإسقاط للقصاص أم للحيلولة فيه وجهان، انتهى.

لم يرجح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً والراجح كما قاله في «الروضة» أنه عفو كلي.

قوله: أحداها لو استلحقه عبد لحقه أن صدقه السيد، وإن كذبه فكذلك في أصح القولين، ثم قال: ويجري الخلاف في ما إذا استلحق حر عبد غيره وهو بالغ فصدقه لما فيه من قطع الإرث المتوهم بالولاء، أي على تقدير عتقه، وقيل يثبت قطعاً، ويجري الخلاف في ما إذا استلحق المعتق غيره، والقول بالمنع هاهنا أبعد لاستقلاله بالنكاح والتسري. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يبين حكم العبد الصغير إذا استلحقه غيره والحكم فيه أنه لا يلحقه إلا كذا جزم به الرافعي في باب الإقرار، وسوى بين العتيق أيضاً في عدم الصحة فتفطن له فإنه قد يغفل عنه فتفطن أن التقييد إنما هو لأجل أن الصغير يثبت نسبه في حال صغره من غير توقف على بلوغه وتصديقه، كما قالوا بمثله في الحر.

الأمر الثاني: أن غير المعتق إذا استلحق العتيق الكبير وصدقه ففي صحته وجهان حكاهما الرافعي في باب الإقرار، ولو استلحق العتيق غيره ففي صحته أيضاً وجهان حكاهما في «التنبيه» وصحح النووي في تصحيحه أنه يصح فإنه أولى من العبد، وقد سبق فيه تصحيح الصحة، إذا علمت ذلك

فالمعـتق من قول الرافـعي في ما إذا اسـتلحق المعـتق غيره يجـوز أن يكون منصوباً على أنه مفعول مقـدم وهو الظاهر من سياق كلام الرافعي من أوجه متعددة، ويحتـمل الرفع على الفاعلية، وحينئذ فيستـفيد حكاية الخلاف في المسألتين من الرافعي.

قوله: ولو اسـتلحقه امـرأة، وأقامت بينه، لحـقها ولحق زوجـها إن أمكن العلوق منه، ولا يـنتفـي عنه إلا بلعـان، هذا إذا قـيـدت البـينة أنهـا ولدته على فراشه، فإن لم يتعرض للفراش ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان، انتهى.

والأصح عدم الثـبوت قاله في «الروضـة» فإن لم يوجد قائف أو تحـيرا وألحقه بهما أو عنهما ترك حتى يبلغ انتهى.

تابعه في «الروضة» على التعـبير بقوله فإن لم يوجد قائف ومـقتضاه أنه لا فرق بين أن يـوجد في بلد قـريب أو بعيـد، وقد صرح به الفـوراني في «الإبانة» فـشرط أن لا يوجـد في الدنيـا لكنه ليس هو المشـهور فـقد ذكـر الروياني أن الاعتبـار بمسافة القصر، ونقله عنه الرافـعي في الباب الثاني من كتـاب العدد وأقـره، وذكر الماوردي في «الحـاوي» مثله أيضـاً، وخالف في «النهاية فـقال الذي يجب الرجوع إليـه عندنا أن يقال أن اختـيار الطفل في حكم البدل عن القافة فيعتبر في غيبة القائف ما يعتبر في غيبة شهود الأصل عند استشهاد الفروع ذكره في باب القافة ودعوى الولد والذي قاله أقوى.

قوله: ولو تنازعا في الالتقاط وولاية الحفظ، فإن تنازعا عند الأخذ أو قبله فقد سبق بيانه، انتهى.

وهذا الكلام يشعر بأنه لا ذكر هناك للقسم الثالث وهو ما إذا تنازعا بعد التقاطهما، وقد تقدم ذكره مفصلاً، وإنما ذكر هاهنا اختلافا في الملتقط.

قوله: في الكلام على مـا إذا أقام كل واحد منهما بينـة على الالتقاط، وإن قيدنا بتـاريخين مختلفين حكم لمن سابق تاريخـه بخلاف المال حيث لا يحكم

فيه بسبق التاريخ في أصح القولين لأن الأموال على الانتقال فربما انتقل من الأول إلى الثاني وليس كذلك الالتقاط فإنه لا ينتقل ما دامت الأهلية باقية، انتهى كلامه.

وما ذكره من أن المال لا يحكم فيه لسبق التاريخ على الأصح، تبعه عليه في «الروضة» أيضاً، وليس كذلك، بل الصحيح التقديم، وقد صرحا بذلك في كتاب الشهادات، وستعرف لفظه هناك إن شاء الله تعالى.

قوله: وظاهر حال الملتقط الحرية لأن الأدميين خلقوا ليسخروا لا ليسخروا، وقد ذكرنا أن من الأصحاب من لا يجزم بالإسلام، ويذهب إلى التوقف، وذلك التردد كما حكاه الإمام يجري في الحرية. انتهى.

وهذا الخلاف قد سبق الصريح في باب معاملات العبيد، وأنه قولان فإنه حكى صاحب «التتمة» أن في معاملة من جهل رقه وحريته قولين أظهرهما الجواز.

واعلم أن التسخير بالخاء المعجمة هو الإمتهان في العمل قهرا وغلبة.

قوله: رأى صغيراً قد إنسان يأمره وينهاه ويستخدمه هل له أن يشهد بالملك؟ عن أبي علي الطبري أنه على الوجهين، وقال غيره إن سمعه يقول هو عبدي، أو سمع الناس يقولون أنه عبده شهد له بالملك وإلا فلا. انتهى.

والأصح هو الثاني، كذا قال في «الروضة» والفرق بينه وبين سائر الأعيان حيث جاز فيها الشهادة بالملك بمجرد اليد والتصرف الطولين أن مثل هذا يقع في الأحرار كبيراً كالأولاد وغيرهم وغير المملوك من الأعيان نادر فكان الظاهر أنه ملكه.

قوله: ولو ادع رقه مدع وأقام عليه بينة فهل يكفي فيها إطلاق الملك أم يشترط التعرض لسببه؟ فيه قولان. انتهى.

لم يصرح بترجيح هنا ولا في «الشرح الصغير» وكلام «المحرر» يشعر

برجحان الوجوب، فإنه قال رجع منهـما الثاني على البناء للمفعول، وعني وجـوب التعـرض، وصرح النـووي بتصـحيـحـه في «المنهاج»، وأمـا في «الروضة» فنقل الترجـيح عن «المحرر» خاصة، فقال: كل من والتـرجيحين ظاهر، وقد رجع الرافـعي في «المحرر» الثاني هذا لفظه، وقـد ظهر لك أن الرافعي لم يصرح بترجيحه، ومن الأسباب أن يشهدوا بأن أمته ولدته مملوكا له فإن اقـتصروا عـلى أن أمته ولدته أو أنه ولد أمـته، قـال الأكثرون: فـيه قولان أصحـهما: على مـا ذكره في الاكتفـاء به، ومنهم من قطع به، انتهى ملخصاً.

اعلم أن النووي ـ رحـمه الله ـ قد اخـتلف تصحـيحه في هـذه المسألة فصـحح في أصل «الروضة» أنه يلتـقي به، وخالف في «تصـحيح التنبـيه» فصـحح أنه لا يكفي فقال وأنه إذا ادعى رقـه وأقام بينة بأن أمـته ولدته لم يقـبل حـتى يقـول: ولدته في ملكه أو مملوكـاً له، وقـد ذكـر المصنف في الدعوى والبينات هذا لفظه.

واعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد صحح في «الشرح الصغير» أن ذلك يكفي كـما صـححـه الغزالي ـ رحـمه الله ـ ، ثم ذكـر في آخر الدعـوى والبينات ما يشكل على هذا فقال في البـاب المعقود لمسائل منثورة وهل قبل العتق ثبات دعـوى النسب ما نصه: ادعى عبـد في يد رجل، وأقام بينة أنه ولدته أمـته، لم يقض بهـذه البينة، فـربما ولدته قبل أن يملكهـا، هذا لفظه بحروفه، وتابعه عليه في «الروضة» وهكـذا هو مذكور في «التنبيه» أيضاً في الدعاوى على عكس ما في اللقيط وظاهره أنهمـا مسألة واحدة، وقد صرح به النووي في «تصحـيح التنبيه» كمـا تقدم نقله عنه وحاول ابن الرفـعة في كتـاب الدعاوى أن يفرق بين المسـألتين فقـال: وكان الفرق أن المقـصود في اللقيط معرفة الرق من الحرية والشهـادة بأن أمته ولدته تعرف رقه في الغالب لأن ما تلد الأمة مملوك، وولادتها للحر نادر، فلم يقول على ذلك، والقصد

تعيين المالك لأن الرق متفق عليه وذلك لا يحصل تكون أمته ولدته هذا حاصل ما قال وفيه نظر.

قوله: في أصل «الروضة» وإن شهدوا بأن أمته ولدته في ملكه، قال الأصحاب: يكفي قطعاً.

وقال الإمام: لا يكتفى به تفريعاً على وجوب التعرض لسبب الملك، فقد تلد في ملكه حراً بالشبهة، وفي نكاح الغرور، وقد تلد مملوكاً لغيره بأن يوصي بحلمها، وتكون الرقبة للوارث، انتهى.

وما ذكره في هذه المسألة من إضافة ذلك إلى الأصحاب غريب فضلاً عن قطعهم به فقد حكى القاضي أبو سعد الهروي فيها طريقة القولين في الشهادة بالملك المتقدم، وحكاها الشيخ أبو إسحاق في «التنبيه» و«المهذب» ونسبها في «المهذب» إلى ابن شريح، وكذلك البغوي في «التهذيب» في «التجريد»، ونقلها صاحب «الحاوي» عن وابن شريح أيضاً، وقد صرح بذلك إمام الحرمين أيضاً في كتاب الدعاوى.

قوله: في المسألة وهذا أي ما قاله الإمام حق ويشبه أن لا يكون فيه خلاف ويكون قولهم في ملكه مصروفاً إلى المولود كقولك ولدته في مشيمة لا إلى الولادة ولا إلى الوالدة، انتهى كلامه.

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من نفي الخلاف بين الأصحاب، وتأويل كلامهم، وأنه لو كان حالا من الوالدة لم يقبل جزماً ليس كذلك فقد صرح الماوردي والمجاملي وغيرهما بخلاف وجعلوا الحال راجعاً إلى الوالدة حتى أورد الماوردي صورة الوصية المذكورة، وأجاب عنها فثبت بذلك أن الخلاف بينهم ثابت محقق، ويعضد القول بثبوت الملك بذلك أن من ملك أصلاً ملك ما يحدث منه ولهذا قلنا إن المغصوب منه يستحق العين بزوائدهما وأما ما ذكره فهو بأسباب نادرة يقتضي إخراجه عن حكم أصله عند بيعها،

والأصل في مسألتنا عدمها.

قوله: وإن قلنا لا يقبل الإقرار بالرق في ما نصه غيره فالكلام في أمور: أحدها: لا يحكم بانفساخ نكاحها، بل يبقى كما كان.

قال الإمام سواء فرقنا بين الماضي والاستقبال أم لا، ويصير النكاح كالمستوفي المقبوض واستدرك ابن كج فقال: إن كان الزوج ممن لا يحل له نكاح إلا ما انفسخ نكاحه لأن الأولاد الذين تلدهم في المستقبل أرقاء كما سنذكره إن شاء الله تعالى فليس له الثبات عليه وهذا حبس، لكن صرح ابن الصباغ بخلافه، انتهى ملخصاً.

والأصح أنه لا ينفسخ على وفق ما قاله ابن الصباغ فقد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في «الروضة» من «زياداته».

قوله: الثاني في المهر ومتى يثبت للزوج الخيار فأجاز لزمه المسمى، قاله البغوي فإن طلقها بعد الإجارة وقبل الدخول لزمه نصف المسمى وفيه إشكال لأن المقر له يزعم فساد النكاح، فإذا لم يكن دخول وجب أن لا يطالب بشيء وقد يشعر بهذا إطلاق الغزالي، انتهى.

والراجح كما قاله في «الروضة» أنه لا يلزمه شيء للمعنى المذكور.

قوله: ولو ادعى إنسان رقه فأنكره ثم أقر له ففي قبوله وجهان لأنه بالإنكار لزمه أحكام الأحرار ، انتهى.

واعلم أن الرافعي قد ذكر قبل هذا بنحو ثلاثة أوراق مسألة يؤخذ منها تصوير هذه المسألة، فقال الثانية إذا أقر بالرق لزيد فكذبه فأقر لعمرو فعن تخريج ابن سريج أنه يقبل كما لو أقر بمال لزيد فكذبه فأقر به لعمرو، وأيضاً فاحتمال الصدق في الثاني قائم فوجب قوله.

والمذهب المنصوص المنع لأن إقراره الأول يضمن نفي الملك لغيره، فإذا أراد المقر له خرج عن كونه مملوكاً له أيضاً فصار حراماً لأصل، والحرية مظنة

حقوق الله تعالى والعباد فلا سبيل إلى إبطالها بالإقرار الثاني هذا كلامه.

وقد علم منه أن الاعتراف بنفي الرق إذا كان ضـمنيا لا صريحا يقتضي الحرية ولا يصح بعده الاعتراف بالرق فبطريق الأولى إذا كان صريحاً.

إذا علمت هذا رجعنا إلى مسألتنا فنقـول إن قال المدعي عليه في جواب الدعوى ليـست مملوكاً لك، فـالمتجـه الجزم بالقـبول لأنه لم يصـدر منه ما يقتضي الاعتراف بالحرية، بل تقييده يدل على أنه مملوك لغيره، والرافعي قد علل بقوله لأنه بالإنكار لزمه أحكام الأحرار فتبين أنه لا يستقيم حمل المسألة على هذه الصورة، بل يتعـين حملها على ما إذا قال لست مملوكـاً، وحينئذ فيكون الجمهور على عدم القبـول لأجل ما نقلناه عن الرافعي ولم يستحضر النووي هذا النقل الذي ذكرنـاه وحمل مسألتنـا على ما إذا نفى أن يكون له فقال: ينبغي أن يفصل، فإن قـال لست بعد لم يقبل إقراره بعد، وإن لست بعبد لك فالأصح القبـول إذ لا يلزم من هذه الصيغة الحرية هذا لفظه، وهو غير مستقيم.

كتاب الفرائض

وفيه ثلاثة فصول:

الأول: «في بيان الورثة»

قوله: أصل الفرض في اللسان الحز والقطع وفرض القوس أفرضته الحز الذي يقع فيه الوتر، وفرضه النهر ثلمته التي يستقي منها .

اعلم أن الفاء مفتوحة في ما عرى عن التاء من هذه الأمثلة ومضمونة في ما دخلت عليه كما قاله الجوهري وغيره.

قوله: فالفرض العطية الموسومة يقال: ما أصاب منه فرضاً ولا قرضاً. انتهى.

اعلم أن هذا الكلام قد ذكره الجوهري بلفظه ولا شك أن الرسم في اللغة مطلق على الكتابة، قال الجوهري رسم على كذا وكذا أي كتب، والوشم بالواو يطلق علي العلامة فيجوز أن يكون اللفظ المذكور بالراء ومعناه العطاء المكتوب في الديوان، ولهذا قال الجوهري عقب ذكره لهذا الكلام فرضت له في الديوان، ويجوز أن يكون بالواو، وهو المذكور في الصحاح، ومعناه العطية التي أعلم، وبين الوقت الذي لها.

قوله: وإن تعلق كالمرهون والعبد الجاني والمبيع إذا مات المشتري مفلسا قدم حق الغير. انتهى.

وهذا الموضع فيه أشياء مهمة سبق إيضاحها في الجنائز فلتطالع منه.

قوله: فمن مات، ولم يخلف من يرثه فماله لبيت المال يرثه المسلمون وفيه وجه آخر أنه يوضع ماله في بيت المال على سبيل المصحلة لا إرثاً له لأنه لا يخلو عن ابن عم، وإن بعد ثم قال: وأقامه القاضي الروياني قولاً عن رواية ابن اللبان، وانتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن كلامه يقتضي أن حكايته قولاً غريباً غير معروف، وكلامه هو الغـريب، فقـد نص عليـه الشافـعي في «الأم» في كـتاب الخـلاف في المواريث، ولم يحك غيره.

الثاني: أن التعليل بكونه لا يخلو عن ابن عم وإن بعد ليس بلازم، فإن ابن الزنا لا عصبة له، وكذلك المنفي باللعان، وقد يكون هذا الميت من أحد القسمين.

قوله: نقلاً عن المتولي فإن جعلناه إرثاً لم يجز صرفه إلى المكاتبين والكفار وفي جواز صرفه إلى العامل وجهان:

وجه الجواز أن يهـمه الاستعجـال لا يتحقق هنا لأنه لا يتعين مصـرفاً ماله وفي من أوصى له بشيء وجهان أيضاً: أحـدهما: لا لأن لا يجمع بين الوصية والإرث ويخير بينهما والثاني، انتهى.

والأصح على مـا قـاله في «الروضـة» هو المنع في الأولى والجـواز في الثانية.

قوله: وإذا لم يحلف مـن يستغـرق المال فهل يرد على ذوي الفروض غـير الزوجين؟ فإن لم يكن صرف إلى ذوي الأرحام أو لا بل ينتقل الميراث إلى بيت المال فيه وجهان، أصحهما الثـاني، هذا إذا استقام أمر بيت المال، فإن لم يستقم أمره، فإن لم يكـن هناك إمام أو كان ولكنه جائر فـفيه وجهان، صـحح الشيخ أبو حـامد والشـيخ أو إسحـاق في «المهـذب» الثاني، وأفـتى أكـابر المتأخـرين وبالأول ، انتهى ملخصاً.

والصحيح هو الأول كذا نقله في «الروضة» من زوائده عن المحققين.

وقال الماوردي في الحاوي: إنه مذهب الشـافعي والذي ذكره المتأخرون، واقتضى كـلام «الروضة» ترجيحه يشكل على قـولهم إنه يجوز إعطاء الزكاة

إلى الإمام الجائر.

قوله: فإن فضل شيء وقلنا: لا يصرف إلى ذوي الأرحام، فإن كان في يد أمين نظر إن كان هناك قاضي بشرطه مأذون له في التصرف في مال المصالح دفع إليه ليصرفه فيها، وإن لم يكن قاض بشرطه صرفه الأمين بنفسه إلى المصالح، وإن كان قاضي بشرطه غير مأذون له بالتصرف فهل يدفعه إليه أم يصرفه الإمام بنفسه؟ فيه وجهان في «التتمة»، وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يوقف إلى أن يظهر بيت المال ومن يقوم مقامه بشرطه، وأما إذا لم يكن في يد أمين فيدفعه إليه ليفرقه. انتهى.

والأصح هو الوجه الأول، فقد ذكر الرافعي في كتاب الشهادات في الكلام على التوبة ما يقتضيه كما سنقف على عبارته هناك وصرح بتصحيح هنا النووي من زوائده فقال: الثالث ضعيف، والأولان حسنان وأصحهما الأول ولو قيل يتخير بينهما لكان حسناً، قال: بل هو عندي أرجح.

قوله: وتقدم عليه أن من له سهم مقدر في الكتاب أو السنة فهو صاحب فرض، ومن ورث بالإجماع ولا فرض له فهو عصبة وقولنا بالإجماع احتراز من ذوي الأرحام. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على هذا الضابط، ويرد عليه أمران:

أحدها: إن لنا من يرث بالتعصب وهو ذو فرض كابن عم هو أخ لأم، أو زوج الثاني إن لنا في إرثه خلاف وهم عند من ورث عصبة كالقاتل والتوأمين المنتفيين بلعان، فصوابه أن يقال: من ورث مجمع على التوريث بمثله بلا تقدير فهو عصبة.

قوله: وأما العصبة فضربان عصبة بنفسه وهو كل ذكر يدلي إلى الميت بغير واسطة أو بتوسطه محض الذكورة. انتهى.

والجد الذي ذكره لا يطرد فإن الجد صادق على الزوج، ولهذا عده

الغزالي وغيره مما يدمي إلى الميت بنفسه كما قاله في «الروضة» ومع ذلك فإنه ليس بعصبة، ولا ينعكس أيضاً بخروج المعتقة.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يقول: هو كل معتق وذكر نسيب يدلي إلى آخر ما تقدم.

قوله: وظاهر قول الله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ ﴾ أن تنقص الأم عن الثلث باثنين منهم لكن يعبر بلفظ الجمع عن الاثنين فقد قال ﷺ: «الاثنان فما فوقهما جماعة» . انتهى.

وهذ الكلام الذي قاله ـ رحمه الله ـ غير مستقيم، فإن الجمع الذي هو حقيقة في الثلاث ويطلق على الإثنين مجازاً على المعروف وحقيقة على قول إنما هو في اللفظ المسمى بالجمع في اللغة كرجال ومسلمين وهم، وأما صيغة الجمع أي الجيم والميم والعين، وما يصرف منها، فهو ضم شيء إلى شيء، ويطلق على الاثنين حقيقة بلا نزاع كما هو مقرر في علم الأصول، وصرح به الأمدي في «الأحكام» وابن الحاجب في «المختصر الكبير»، وقد أوضحت ذلك في «شرح المنهاج الأصولي» فلتطالع منه.

قوله: عن قبيضة بن ذؤيب إلى آخره.

قبيضة بقاف مفتوحة وباء موحدة مكسورة وصاد مهملة وهو التابعي المشهور المجمع على توثيقه وجلالته، ولد عام الفتح على المشهور كما قاله النووي في تهذيبه والقبيضة في اللغة كما قاله الجوهري هو ما تناولته بأطراف أصابعك.

قوله: وعن بريدة.

هو مصغر على وزن جهينة، وفي أوله باء موحدة.

قوله: ويرث الأب بالفرض والتعصيب كما إذا اجتمع معه بنت أو بنت ابن فله السدس بالفرض للآية والباقي بالتعصيب للحديث، وهل الجد

كالأب؟ اختلف فـيه الفرضيون فقيل :نـعم ؛وقيل: لا ؛بل نقول للبنت النصف والباقي للجـد لأنا إنما جمـعنا بينهما في حق الأب لـظاهر الآية وهذا الخلاف يرجع إلى العبارة وما يأخذانه واحد . انتهى ملخصاً .

لم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً.

وقـال في «الروضـة» من «زياداته»: الأصح الأشـهـر هو الأول، ومـا أطلاقاه من كـون الخلاف لفظيـا ليس كذلك، بل فائـدته في ما إذا أوصى بجزء وبما تبقى بعد الفرض كثلثه أو نصفه.

قوله: لما روى عن هزيل بن شرحبيل.... إلى آخره.

هزيل: بضم الهاء وفـتح الزاي بالمعجمـة تابعي جليل ، قيل: إنه أدرك الجاهلية، كذا قاله النووي في «تهذيبه».

قال: وشرحبيل بضم الشين المعجمة أعجمي غير مصروف.

قوله: في المسألة المعـروفة بالمشرَّكة قال أبو حنيـفة وأحمد رحمـهما الله: يسقطان يعنى الأخوين الشقيقين، وحكاه أبو بكر بن لال قولاً للشافعي. انتهى.

والمشركة بفتح الراء وكسـرها، ولال بلامين بينهما ألف على وزن مال، كما تقدم إيضاحه في مقدمة الكتاب.

قوله: وبنو الأخـوة كالأخوة لكن يخـالفونهم في أربعـة أمور، يحجـبهم الجد ويسـقطون في ا لشركـة ولا يعصون أخـواتهم ولا يردون الأم من الثلث إلى السدس بخلاف أبائهم .انتهى.

أهمل ـ رحمه الله ـ ثلاثة أمـور أخرى مشهورة عند الفرضـيين وقد نبه عليها في «الروضة»:

أحـــدها: أن بني الأخوة لا يرثون مـع الأخوات إذا كن عاصـبات مع البنات.

الثاني: أن الأخ من الأب يحجب بني الأخ من الأبوين ولا يحجبهم.

الثـــالث: أن الإخـوة للأبوين يحجـبون الإخـوة للأب، وأولادهم لا يحجبونهم.

قـوله: قال ﷺ: «أعـيان بني الأم يتـوارثون دون بني العـلات، يرث الرجل أخوه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه»[1] انتهى.

وسميت الأخوة الأشقاء: بني الأعيان، لأنهم من عين واحدة، وسميت أخوة الأب فقط بني العلات، بالعين المهـملة واللام المشددة وبالتاء المثناة في آخره، لكونه قد تزوج ثانية بعد أولى قـد كانت عنده مأخوذ من قولهم عله يعله عللا بفتح العين، إذا سقاه السقية الثانية. قال الجوهري.

(١) أخرجه الترمذي (٢٠٩٤)، (٢٠٩٥)، وابن ماجه (٢٧١٥)، وأحمد (١٢٢١)، والحاكم (٧٩٦٧)، والدارقطني (٤ / ٨٦)، وأبو يعلى (٦٢٥)، والبـزار (٨٣٩)، وعبـد الرزاق (١٩٠٠٣)، وابن أبي شيـبة (٦ / ٢٩٤)، والبـيهقي في الكبـرى ١٢١٠٨٠)،والحمـيدي (٥٥)، وابن المبارك فـي مسنده (١٦٥) وابن عساكر في تاريخ دمـشق (٣٨ / ٣٥١) من حديث علي رضي الله عنه، قال الألباني: حسن.

قال رحمه الله: الفصل الثاني في التقديم والحجب

قوله: وإن كان لا يرث لتقدم غيره عليه فقد يحجب غيره حجب نقصان وذلك في أربع صور إلى آخره.

أهمل صورة خامسة لا بد منها، وقد نبه عليها في «الروضة» وهي أم وأخ لأبوين وأخ لأب فإن الأخ للأب هنا لا يرث مع أنه حجب الأم من الثلث إلى السدس.

قوله: الثالثة أب وأم أب وأم أم تسقط أم الأب بالأب، وفي نصيب أم الأم وجهان:

أحدهما: نصف السدس لأن الأب هو الذي حجب أمه ورجع فائدة الحجب عليه.

وأظهرهما: السدس لانفرادها بالاستحقاق وليس كما سبق أي في الأبوين مع الأخوة لأن الجد يرث بالوصية فلا يناسب جهة استحقاق الأب وهي العصوبة، وهناك كل واحدة منهما ترث بالعصوبة فأمكن رد الفائدة إليه، انتهى كلامه.

وهذا الفرق ذكره أيضاً الغزالي في «الوسيط» وهو يبطل بما إذا كان مع الأب والأم أو الجد أخوان لأم فإن فائدة سقوطهما ترجع إلى الأب مع أنهما يرثان بالفرض المحض والأب يرث بالتعصيب، وفرق بعضهم بأن رجوع أم الأم إلى نصف السدس لأجل مزاحمة أم الأب لها ليس هو حجبا لبقاء السبب المورث فلما زالت الزحمة أخذت جميع السدس، وصار ذلك كالابن ينفرد بالجميع إذا خلا عن المزاحم بخلاف الأخوة مع الأب فإنهم محجوبون به.

قوله: الثالث يرث الكفار بعضهم من بعض كاليهودي من النصراني

والنصراني من المجوسي والمجوسي من الوثني وبالعكس، ووجه بأن الكفار على اختلاف فرقهم كالنفس الواحدة في معاداة المسلمين والتمالؤ عليهم، وقيل لا يرث أهل ملة من أهل ملة أخرى، وهذا كله إذا كان اليهودي والنصراني مثلا ذميين أو حربيين، سواء كان الحربيان متفقي الدار أو مخلتفهما، وذلك بأن يختلف الملوك، ويرى بعضهم قيل بعض كالروم والهند خلافاً لأبي حنيفة، نعم لا يرث الحربي من الذمي والمعاهد والمستأمن في أصح القولين له . انتهى ملخصاً .

وما جزم به من التوارث بين الحربيين المتحاربين قد تابعه عليه النووي في «الروضة» ثم جزم في «شرح مسلم» بأنهما لا يتوارثان فقال: قال أصحابنا وكذا لو كانا حربيين في بلدين متحاربين لم يتوارثا، هذه العبارة.

ذكر ذلك في أول كتاب الفرائض، والذي قاله وهم نشأ من التباس كلام، أو غلط حصل من إسقاط منه أومن ناقل واعلم أن التمالؤ مهموز الأخير، ومعناه المساعدة والاجتماع كما قاله الجوهري.

قال: ويقال مالأته على الأمر ممالأه .

قوله: ولا بأس بإيراد مثال في المسألة: يهودي ذمي مات عن ابن مثله، وآخر نصراني ذمي وآخر يهودي معاهد، وآخر يهودي حربي، فالمال بينهم سوي الأخير على المذهب، انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» عليه، ولقائل أن يستشكل تصويره علي طريقته أي على طريقة النووي، فإن الصحيح عنده في من انتقل من دين يقر أهله عليه إلى مثله أنه لا يقر عليه ويكون كالمرتد في أحكامه قلنا صورته في ما إذا كان أحد أبويه يهوديا ولا آخر نصرانيا إما بنكاح أو وطء شبهة فإن الولد يخير بينهما بعد بلوغه كما جزم به الرافعي قبيل نكاح المشركات حتى لو ولدان اختار أحدهما اليهودية، والآخر النصرانية حصل التوارث بينهم

بالأبوة والأمومة والأخوة.

قوله: ولا يرث المرتد أحداً ولا يرثه أحد. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وقيده ابن الرفعة في «المطلب» بما إذا قتل أو مات على الرحة، فإن عاد إلى الإسلام تبينا إرثه.

والذي قاله غلط فقد صرح الأستاذ أبو منصور البغدادي بالمسألة وحكى الإجماع على عدم وارثه في هذه الحالة.

فقال: الفصل الخامس في مواريث المرتدين: أجمعوا على أن المرتد لا يرث من المسلم بحال سواء أسلم بعد ذلك أو مات مرتداً هذا لفظه ذكره في كتابه المسمى «موارثة الأخلاف من الأسلاف» وهو نحو نصف الكتاب، ثم أنه مصادم للأحاديث الصحيحة؛ لأنه إذ ذاك كافر حقيقة كفراً غير مقر عليه، والإسلام إنما وجد بعد ذلك.

قوله: وإن قلنا بالجديد وهو أن المبعض يورث فالمال لمن له من قريب أو معتق، انتهى.

ينبغي أن يقول أو زوجة فالمال لمن له من قريب أو معتق انتهى، ينبغي أن يقول.

قوله: وإذا مات المتوارثان ولم يعلم أيهما تقدم موته لم يرث أحدهما من الآخر، ثم قال: وقال أحمد: يرث كل واحد عن الآخر تليد ماله دون طريقه، والمراد من التليد ما كان له ومن الطريف ما ورثه، انتهى.

التليد بفتح التاء بنقطتين من فوق، والطريف بفتح الطاء المهملة، قال الجوهري في باب الفاء الطارف والطريف من المال هو المستحدث، وهو خلاف التالد والتليد، وقال في باب الدال: التالد المال القديم الأصلي الذي ولد عندك وهو نقيض الطارف وكذلك التلاد والإتلاد، وأصل التاء فيه واو يقول منه تلد يتلد ويتلد أي بالضم والكسر انتهى كلامه.

قوله: والتوأمان المنتفيان باللعان كيف يتوارثان؟ فيه وجهان، أصحهما أنهما لا يتوارثان إلا بأخوة الأم، ثم قال الثانية ولد الزنا كالولد المنفي باللعان إلا أن الوجه الذي حكاه الشيخ أبو محمد لا يشاع له هاهنا، فإن ولد الزنا لا يلحق الزاني بالاستلحاق فلا يتوارثان إلا بأخوة الأم، وعن «الحاوي» وجه ضعيف أنهما يتوارثان أيضاً بأخوة الأب، وحكاه عن الخياطي. انتهى كلامه.

وما نقله عن «الحاوي» أخذه من «الحلية» للشاشي فإنه نقله في هذا الباب عنه، وهو نقل صحيح، فقد صرح به الماوردي في كتاب اللعان فاعلمه، فإنه قد جزم هنا بأنهما لا يتوارثان إلا بأخوة الأم وادعى نفي الخلاف فيه.

قوله: وإذا مضت على المعقود مدة يحكم الحاكم بأن مثلها لا يعيش فيها قسم ماله، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها، وقيل يشترط، ثم قال: فإن قيل فكيف الحال في اشتراط الحكم؟ فالجواب أن الذي ينبغي أن يقال أن القسمة إن كانت بالقاضي فقسمه تتضمن الحكم بالموت. انتهى.

واعلم أن هذا الكلام صريح في أن التصرفات الصادرة من الحاكم لكونه حاكماً متضمنة للحكم حتى لا يجوز نقضه إذا كان مختلفاً فيه وفي المسألة تعارض وفوائد مهمة تذكر إن شاء الله تعالى في كتاب النكاح عقب الكلام على الموانع فراجعه.

قوله في أصل «الروضة»: وإن اقتسموا بأنفسهم وظاهر كلام الأصحاب في اعتبار حكمه مختلف فيجوز أن يقال فيه خلاف إن إعتبرنا القطع فلا حاجة إلى الحكم، وإلا فلابد منه لأنه في محل الاجتهاد. انتهى.

وهذا الكلام لا يؤخذ منه ترجيح فإنه لم يجزم بالبناء المذكور وإنما جوزه، وقد جزم في «الشرح الصغير» بترجيح الاشتراط، فقال: ولفظ الكتاب يشعر باعتبار حكم الحاكم وهو الظاهر هذا الفقه، ولفظ «الكبير»

محتمل لإرادة هذا الترجيح، فإنه ذكر عقب مسألة أخرى، لكن حذفه النووي.

قوله: واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الإنفصال فلو خرج بعضه حياً، ثم انفصل ميتاً فهو كما لوخرج ميتاً في الإرث وسائر الأحكام حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه، وانفصل ميتاً فالواجب الغرة دون الدية، هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير، وعن القفال وغيره أنه إذا خرج بعضه ورث، وإن انفصل ميتاً وبه قال أبو خلف الطبري. انتهى.

تابعه في «الروضة» عليه وفيه أمران:

أحدهما: أن هذا الكلام يقتضي أن الجنين إذا خرج بعضه فحز رجل رقبته لا يجب فيه القصاص ولا الدية كما لو كان فحشا وليس كذلك بل الصحيح الوجوب كما لو خرج جميعه كذا صححه الرافعي في أول الكلام على دية الجنين وتبعه عليه «الروضة».

الثاني: أن الرافعي قد نقل عن القفال في كتاب الأطعمة عكس ما نقله عنه هاهنا فقال: وإن خرج رأس الجنين وفيه حياة مستقرة.

قال في «التهذيب» لا يحل بذبح الأم لأنه يقدر على ذبحه، وعن القفال أنه يحل؛ لأن خروج بعض الولد لعدم الخروج هذا لفظه وذكر أيضاً في دية الجنين مثله، فإنه ذكر أنه إذا ضرب بطن المرأة فماتت ولم ينفصل الجنين لا يجب على الضارب شيء، فإن انفصل بعضه وجب، ثم قال: ويحكى عن القفال أن المعتبر الانفصال التام ليستعل وسالم ينفصل كان كالعضو من الأم واستشهد له بأن انقضاء العدة ووقوع الطلاق بالولادة، وسائر الأحكام لا تتعلق بخروج بعض الولد، بل بالانفصال التام هذا كلامه.

قوله: ولو ذبح رجل فمات أبوه وهو يتحرك لم يرثه المذبوح وقيل يرثه.

قال في «الروضة» هذا الوجه غلط ظاهر فإن أصحابنا قالوا :من صار في

حال النزع فله حكم الميت فكيف الظن بالمذبوح. والله أعلم.

وما ذكـره في الذي قد نازع شرطه أن يكون مـجروحاً بأن كان مـريضاً وانتهى إلى هذه الحـالة بسبب المرض فله حكم الأحـياء في الأحـوال كلها، كذا صرح به الرافـعي في أوائل الجنايات في الطرف الرابع المعقود لاجـتماع مباشرين، وصرح بأنه لا فرق بين أن ينتهي النزع أم لا، وذكر نحوه في باب العاقلة وفي الأضحيـة وذكر فيها أعني في الأضحـية أن الشاة إذا أكلت نباتاً مضراً فصارت إلى أدنى الرمـق، فهل تحل بالذبح على وجهين حكاهما ابن كج عن شـيخه ابن القـطان، وحكى عنه أنه قطع بعد ذلك بعـدم الحل لأنا وجدنا سبـباً يحال عليه الهلاك فـصار كجرح السـبع، وما ذكره هناك يأتي أيضـاً في الآدمي وسوف أذكـر إن شاء الله تعـالى هذه المسـألة في الجنايات لغرض آخر فاعلمه وراجعه.

قوله: فإن لم تظهر مـخايل الحمل وادعته المرأة ووصفت علامـات خفية ففيه تردد للإمام، والظاهر الاعتماد على قولها . انتهى كلامه.

تابعه عليه في «الروضة» وهو صـريح في أن محل التردد عند الإمام إنما هو في ما إذا وصفت لنا المرأة العلامات الخفية وليس كذلك، بل ذكر الإمام هذا التردد بمجرد دعواها فلم يشترط فيه وصفها بعلامات لا خفية ولا ظاهرة وإنما ذكر العلامـات تعليلاً للقبول، فـإنه حكى تردداً في ما إذا لم تدع المرأة الحمل، ولكـن كانت قريبـة عهـد بوطء يحتـمل العلوق ثم قال مـا نصه: وكذلك إذا ادعـت المرأة العلوق ولا علامـة، وقد يظه التـعويل على قـولها لأنها قد تجد من نفسها علامات لحيض هي تدركها، وقد يجوز أن يقال: لا تعويل على تلك العلامات فإنها فيـما يقال غثيان ولا تعويل على مثل ذلك هذا كلامه، وقد ذكره الرافعي في «الشرح الصغير» على الصواب فقال: وإن لم تظهر مخايله وادعته المرأة ففيه تردد للإمام هذا لفظه.

قوله: وعن ابن المرزبـان أن امرأة بالأنبار ألقت كـيساً فـيه اثنا عـشر ولداً،

انتهى.

الأنبار بنون ثم باء موحدة وفي آخره راء مهملة.

قوله: المال الموقوف بسبب الخنثى لابد من التوقف فيه مادام الخنثى باقياً على إشكاله، فإن مات فالمذهب أنه لابد من الاصطلاح عليه، وحكى أبو ثور عن الشافعي ـ رحمه الله ـ أنه يرد إلى ورثة الميت الأول، وإذا اصطلح الذي وقف المال بينهم على تفاوت أو تساوٍ جاز.

قال الإمام: ولابد وأن يجري بينهما تواهب وإلا لبقى المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا تكون إلا عن جهالة لكنها تحتمل للضرورة، ولو أخرج بعضهم نفسه من البين ووهبة لهم على جهل بالحال جاز أيضاً، انتهى.

وما أطلقه من الاصطلاح على تساوٍ أو تفاوت محله إذا لم يكن فيهم محجور عليه، فإن كان فقد ذكر الرافعي في نكاح المشركات في ما إذا أسلم على ثمان نسوة مثلاً، وأسمن معه ثم مات قبل الاختيار أنه لا يجوز لولي المحجور عليها أن يصالح على أقل مما يدها عليه وهو الثمن في مثالنا، وقيل لا ينقص عن الربع ولابد من مراعاة ذلك في مسألتنا أيضاً.

قوله: وأما توريث ذوي الأرحام، فالذاهبون منا إليه اختلفوا في كيفيته، فأخذ بعضهم مذهب أهل التنزيل أي الذين قالوا يتنزل كل فرع منزلة أصله، ومنهم من أخذ بمذهب أهل القرابة أي الذين يورثون الأقرب فالأقرب، انتهى ملخصاً.

قال في «الروضة» من «زياداته»: الأصح الأقيس: مذهب أهل التنزيل.

قال رحمه الله: الفصل الثالث في «أصول الحساب»

قوله: والأصول في هذا النوع سبعة عند المتقدمين ومن المتأخرين من يزيد أصلين وهما ثمانية عشر وستة وثلاثين في مسائل الجد والأخوة حيث يكون الثلث جبرا فالأول في كل مسألة فيها سدس وثلث ما بقي وما يتبقى كأم وجدّ وأخوة والثاني في كل مسألة فيها ربع وسدس وثلث ما بقى، وما تبقى لزوجة وأم وجدة وأخوة ومن لم يقل بالزيادة يصحح المسألتين بالضرب، فالأولى من ستة الأم سهم يبقى خمسة تضرب ليخرج الثلث في الستة يبلغ ثمانية عشر، والثانية من اثنى عشر يخرج بالفرضين خمسة ثم يضرب مخرج الثلث في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين فاستضرب الإمام والمتولي صنيع المتأخرين لأن ثلث ما تبقى والحالة هذه مضموم إلى السدس والربع، فلتكن الفريضة من مخرجها، واحتج المتولي بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين إنها من ستة، ولولا جعلها من النصف وثلث الباقي لكانت من اثنين للزوج سهم يبقى سهم فيصرف مخرج الثلث في اثنين فيبلغ ستة.

واعلم أنه قد يتفق في صور الجد نصف وثلث ما بقي كبنت وجد وأخوة فيحتمل أن يكون من ستة قطعًا، كما ذكر في زوج وأبوين ويحتمل أن يطرد فيه الخلاف، انتهى كلامه.

وما حكاه من الاتفاق في زوج وأبوين تابعه عليه في «الروضة» وليس كذلك فإن الخلاف فيه أيضاً، كذا حكاه ابن أبي الدم في «شرح الوسيط» وأما الاحتمالات في المسألة الأخيرة فالأصح منهما على ما قال في «الروضة» هو الاحتمال الأول.

قال: والمختار الأصح في أصل المسألة طريق المتأخرين، كما اختاره الإمام كما سبق ولكونها.

قوله: وقول صاحب الكتاب يعني «الوجيز» ومعنى العول: الرفع لو ذكر بدل الرفع الارتفاع لكان أحسن، فإن الأزهري وغيره فسروه بالارتفاع والزيادة، وقالوا: عالت الفريضة أي ارتفعت، مأخوذ من قولهم عال الميزان فهو عائل أي مال وارتفع على أن بعضهم يقول عالت الفريضة وأعالها فبعد به، انتهى كلامه.

وأشار ـ رحمه الله تعالى ـ إلى أن الرفع متعد والعول قاصر فلا يكون معنى أحدهما معنى الآخر بخلاف الارتفاع، فإنه مصدر ارتفع، وارتفع قاصر فيكون مطابقا للعول.

وإذا علمت الذي يشير إليه علمت أن تفسير العول بالارتفاع أصوب وليس بأحسن كما عبر هو.

قوله: واعلم أنَّا لو حاولنا استيعاب هذه الأحوال بالأمثلة لطال الشغل وقَلَّ النزل فتقتصر على الأهم ونرجو أن يتضح به الباقي، انتهى كلامه.

أما الشغل فمعروف وفيه لغات حكاها الجوهري منها فتح الشين والغين، وأما النزل بضم النون وسكون الزاي المعجمة فله معنيان حكاهما أيضاً الجوهري.

أحدهما: ما تهيأ للنزيل يعني الضيف .

والثاني: الريع يعني الفائدة وفيه طعام كثير الترك أي الدفع، قال: ويجوز فيه على هذا المعنى فتح نونه وزائه، إذا علمت ذلك فيجوز لك أن تقرأ كلام الرافعي بالفتح في اللفظين، وكذلك بالضم مع الإشكال فيهما والمعنى واضح بما تقدم.

قوله في المناسخات: فللمسألة حالتان، إحداهما: أن ينحصر ورثة الميت الثاني في الباقين، ويكون الإرث من الثاني على حسب إرثهم من الأول فيجعل كأن الميت الثاني لم يكن وتقسم التركة على الباقين، ويتصور ذلك في ما إذا

كان الإرث عنهما بالعصوبة، كمن مات عن أخوة وأخوات من الأب ثم مات أحدهم عن الباقين وفي ما إذا كان الإرث عنهما بالفرضية كما إذا ماتت عن زوج وأم وأخوات مختلفات الآباء ثم نكح الزوج إحداهن فماتت عن الباقين، وفي ما إذا كان بعضهم يرث بالفرضية وبعضهم بالعصوبة، كما إذا مات عن أم وأخوة لأم ومعتق، ثم مات أحد الأخوة عن الباقين، ولا فرق بين أن يرث كل الباقين من الباقي أوبعضهم كما إذا مات عن زوجة وبنين وليست الزوجة أم البنين، ثم مات أحد البنين عن الباقين. انتهى.

والمثال الأول المذكور الإرث عنهما بالتعصيب صحيح وأما الأمثلة الثلاثة الباقية فقد تابعه عليها في «الروضة» ولنذكر لك ما فيها فنقول: أما الكلام على المثال الأول فلنقدم عليه أن ما ذكره من اختلاف إلا ما يصدق بأن لا يكون فيه شقيقه للميت بأن تكون الأخوات الأربع لأم فقط أي من أربعة آباء، ويصدق بأن يكون فيهن ذلك، فإن أراد الرافعي الأول فهو غلط وإن اتحدت نسبة ما للوارثين في المسألتين فإن للزوج من كل منهما النصف وللأم السدس ولأخوة الأم الثلث ووجه الغلط أنه لا يمكن أن يستعمل ما ذكره الرافعي من تقدير الميت الأول كأنه لم يكن وقسمة التركة على الباقين وذلك لأن الزوج له النصف كاملا من الميت الأول ونصف ما يخص الميت الثاني فلو قسمنا التركة بتقدير فقدان الأول لأعطينا له النصف فقط، وهو دون حقه وكذلك يلزم بنقيض حق الأم أيضاً، والزيادة على نصيب أخوة الأم وهو واضح، وإن أراد الثاني وهو ما إذا كان فيهن شقيقة للميت لم يصح أن نقول: ثم نكح الزوج إحداهن فإنه لا يستقيم إلا على تقدير نكاحه الشقيقة فقط، وبيان صحته على هذا التقدير أن مسألة الميت الأول من ستة وتعول إلى تسعة لاشتمالها على نصفين وثلث وسدس، فإذا كانت التركة مثلا تسعة دنانير فللزوج فيها من تركة الأولى ثلاثة، ومن تركة الثانية دينار ونصف لأنها أخذت أيضاً ثلاثة صارت الجملة أربعة ونصفًا وذلك نصف المجموع،

وهكذا نفعل في الأم والأختين للأم فظهر أن المقدار لا يختلف فيقدر كأن الميت لم يكن وتقسم التركة على الباقين، وتصح المسألة حينئذ من ستة وأما على تقدير غير الشقيقة فلا يصح لاختلاف المقدار، ألا ترى أن الشقيقة باقية على هذا التقدير وإرثها من الأولى النصف ومن الثانية السدس ولاشك أن الاحتمال الأول هو مراد الرافعي لتوهمه الاكتفاء باتحاد نسبة ما لكل وارث في المسألتين، ويدل عليه وقوعه أيضاً في ما سيأتي.

وأما المثال الثاني: وهو أم وأخوة لأم ومعتق فغلط أيضاً، وسبب الغلط توهمه أن اتحاد يكفي فإن الأم السدس في كل من المسألتين ولأخوة الأم الثلث فيهما وللمعتق الباقي وإيضاح الغلط يعرف مما سبق وبيانه أن الأم لها سدس المال كاملاً من الميت الأول ولها من الثاني سدس نصيبه من الثلث ولأخوة الأم من الأول سدس المال كاملاً، ومن الثاني أيضاً ثلث ما يخصه من الثلث، وللمعتق النصف كاملاً من الأول ونصف نصيب الثاني فالقسمة على ما ذكره الرافعي يقتضي الزيادة في نصيب الأم وأخوة الأم والنقصان من نصيب المعتق، وأما المثال الثالث فالحكم الذي ساقه لأجله له شرطان:

أحدهما: ولم يذكره الرافعي أن لا يخلف من التركة غير ما حصل له من الميت الأول، وألا يخص الزوجة زيادة على ما تستحقه من الأول.

الشرط الثاني: أن لا يكون الميت الثاني أمًّا له، وأما اشتراط الرافعي كون الجميع من غيرها فليس كذلك، لأن المقصود أن لا يرث من غير الميت الأول، وهذا حاصل ما ذكرناه.

قوله في المسائل الملقبة: ومنها الامتحان وهي أربع نسوة وخمس جدات وسبع بنات وتسع أخوات لأب هي من أربع وعشرين وتصح من ثلاثين ألفًا ومائتين وأربعين. انتهى.

وسميت بالامتحان لأنه يقال ورثة لا تبلغ طائفة منهم غريم لم تصح مسألتهم من أقل من كذا.

قوله: وتقرر مـن ذلك تصحيح مسائـل الحمل تفريعًا على أن أكـثر عدد الحمل أربعة، ثم قـال: المثال ابن وأمه حامل إن كانت حامـلاً بولد فالمسألة في إحدى الحالتين أي تقدير الذكـورة من اثنين وفي الثانية أي الأبوية من ثلاثة إلى آخره.

وتعبيـره بقوله أمة هو بفتح الهمزة والميم وبالتـاء في آخره، إن الأمة لا ميراث لها فتصح المسألة لأجل ذلك مما ذكـره، وأما أم الابن فيلزمه تقييدها كأنها لا ترث وإلا فسد عليه العمل وهو أوضح.

كتاب الوصايا

وفيه أربعة أبواب:

الأول: في الأركان

قوله: ويستحب أن يوصي من له مال. انتهى.

ذكر الرافعي في كتاب الصداق في الكلام علي التشطير ما يعارض ذلك فقال: والتدبير يمنع الرجوع دون الوصية بالعتق في أظهر الأوجه.

قال لأن الإيصاء ليس عقد قربة بخلاف التدبير، هذه عبارته، ومراده أن التدبير لا يكون إلا قربة والإيصاء قديكون قربة كما في مثالنا، وقد لا يكون كالإيصاء للأغنياء ونحوهم.

قـوله: ومن عنده وديعـة أو في ذمتـه حق لله تعـالى كزكـاة أوحج أو دين لآدمي يجب عليه أن يوصي به إذا لم يعلم به غيره، انتهى.

وهذا الذي قاله من أن علم الـغير يغني عن الإيصـاء ليس على إطلاقه بلاشك لأن الكافر والفاسق والصبي والعبد والمرأة لا يكفي علمهم بذلك مع دخولهم في هذه العبارة، وحاول في «الروضة» التنبيه على ضابط ذلك.

فـقال من زياداتـه ما نصـه: المراد إذا لم يعلم به من يثـبت بقـوله هذا لفظه، وهو غير كـاف أيضاً، فإن قول الورثة كاف في الثبـوت مع أن المتجه أن علمـهم لا يكفي لأنهم الغـرمـاء، فـلابد من حجـة تقـوم عليـهم عند إنكارهم، وأيضاً، فـإن كلامه يقتـضي أن الشاهد الواحد لا يكتـفي ، فإن الحق لا يثبت بشـهادته وحده بلا نزاع، ولكن القـياس تخريجـه على ما إذا وكله في قضاء ديـنه، بحضرة شاهد واحد، والصـحيح فيه الاكـتفاء بذلك حتى لا يضمن الوكيل عند إنـكار القارض ودعواه عند قاض لا يرى الحكم بالشـاهد واليمين، وأيضـاً فإن الوكيل المـذكور لو أشهـد على الأداء رجلين

ظاهرهما العدالة فإن الصحيح أنه كان أيضاً في عدم الضمان وقياسه أن يكون هنا مثله أيضاً مع أن الحق لا يثبت بشهادتهما فهو وارد عليه، وقد أعاد الرافعي المسألة في الباب الرابع المعقود للوصاية، وأجاب فيها بما يخالف المذكور هنا، وسوف أذكره في موضعه إن شاء الله تعالى فراجعه.

قوله: وعدّوا من هذا القبيل أي من المعصية الوصية كدهن سرج البيع، لكن قيد الشيخ أبو حامد المنع بما إذا قصد تعظيم البقعة، وأما إذا قصد انتفاع المقيمين أو المختارين بضوئها جازت الوصية، كما إذا أوصى بصرف شيء إلى أهل الذمة. انتهى.

هذا الذي نقله عن الشيخ قد صرح به جماعة كبيرة منهم البندنيجي في تعليقه وصاحب «العدة» و«الفوراني» في كتاب «الجزية» وقد نقل عنهم ابن الرفعة فليكن التقييد هو المغمول به.

قوله: ويجوز الوصية بعمارة قبور الأنبياء إلى آخره.

فيه كلام سبق في الوقف فراجعه.

قوله: وإذا أوصى لحمل فلانة أو لحملها الموجود فلابد لنفوذها العلم بوجوده عند الوصية بأن ينفصل لأقل من ستة أشهر فلو انفصل لستة أشهر فصاعدًا نظر إن كانت المرأة فراشًا لزوج أو سيد لم تستحق شيئاً إلى آخره.

فيه أمران:

أحدهما: أن الصواب في الستة أشهر أنها ملتحقة بما دونها لا بما فوقها كما ذكره الرافعي وتبعه عليه في «الروضة» لأنها أقصر مدة للحمل فإذا فرضنا ابتداؤها عند الوصية فيمتد إلى استكمالها وهو واضح ، ولهذا قال الرافعي في «العدد» أن أقصى ما بين اليومين ستة أشهر.

الأمر الثاني: أن ما ذكره من بطلان الوصية إذا كان للمرأة زوج أو سيد يغشاها شر إمكان اللحوق به فلو كان بين أول فراشه والوضع دون أقل مدة

الحمل كان وجود فراشه لعدمه، وتعليلهم يدل عليه.

قوله: فـرعان: أحـدهما: لو قـال أوصيت لنصـفه الحـر أو لنصفه الـرقيق خاصـة عن القفال بطلان الوصـية، قال : ولا يجـوز أن يوصي بعض شخص كما لا يرث.

وقال غيره: يصح وينزل تقييد الموصي بمنزلة المهيأة فيكون للوصي به للسيد إن أوصى لبعضه الرقيق وله أن يوصي لبعضه الحر . انتهى.

والصحيح هو الوجه الثاني كذا صححه في الروضة من زياداته.

قـوله: الثاني: تـردد الإمام في مـا إذا صرح بـإدراج الأكسـاب النادرة في المهيـأة أنها هل تدخل قطعاً أم تكون على الخـلاف، وفي ما لو عمت الهـبات والوصايا في قطرانها هل تدخل قطعاً أم يكون على الخلاف. انتهى.

قال في «الروضة»: الراجح طرد الخلاف مطلقا لكثرة التفاوت.

قـوله: ولو أوصى لمكاتـب وارثه، فـإن عـتق قـبل مـوت الموصي نفـذت الوصـية وكـذا لو عـتق بعـده بأداء النجـوم وإن عجـز ورق صـارت وصيـة الموارث. انتهى كلامه.

وما ذكـره من تنفيذ الوصـية في ما إذا أعـتق بعد لموت، قد تابعـه عليه في «الروضـة» والصواب بناؤه على خـلاف سبـق في الوصيـة لعبـد الأجنبي، وقياس ذاك أنه إن قبل الوصية، ثم أدى، فـالوصية للسيد الوارث، وإن أدى ثم قبل، فإن قلنا: إن الوصية تملك بالموت، أو قلنا: تملك بالقبول الملك من يوم الموت بالاستحقاق للسيد أيضاً وإن قلنا: تملك بالقبول، فللعبد.

قوله: ثم عتق المدبر والوصية له معتبر أن من الثلث، فإن وفى بأحد الأمرين من التدبير والوصية بأن كان المدبر يساوي مائة والوصية بمائة وله غيرهما مائة فوجهان: أحدهما وبه قطع الشيخ أبو علي يقـدم رقبته فيعتق كله، ولا شيء له بالوصية وأصحـهما عند البغوي يعتـق نصفه والوصية عن بعضـه حر وبعضه

رقيق للوارث. انتهى.

والأصح كما قاله في «الروضة» هو الأول.

قوله: الثالثة: إذا أوصى لدابة الغير وقصد تمليكها أو أطلق.

قال الأصحاب: الوصية باطلة وقـد سبق في الوقف المطلق عليها وجهان في كونه وقفًـا على مالكها فيشبه أن تكون الوصيـة على ذلك الخلاف، وقد يفرق بينهـما بأن الوصيـة تمليك فينبغي أن يضـاف إلى من تملك، والوقف ليس بتـمليك مـحض، بل ليس بتـمليك إذا قلنا أنه يزول المـلك فيـه إلى الله تعـالى. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن ترجيحه هنا لآخر الخلاف مناقض لما ذكره في كتاب الوقف في الكلام علي الوقف على البـهيمة فـإنه استدل على البطلان بالوصيـة لها ولا يصح القياس إلا إذا كان المخالف.

الأمر الثاني: أن الذي قاله من كون الخلاف الوقف ليس بتمليك إذا قلنا بأنه لله تعالى ليس كـذلك، بل هو تمليك بلا خلاف غيـر أنه تمليك للمنافع لا للرقـبـة، وقد صـرح الرافـعي بذلك في الكلام على الوقف عـلى غيـر المعين، وفي الكـلام على الصـيـغـة في الوقف وقــال في «الروضـة» من «زوائده»: الفرق واضح وكأنه استند للفرق المذكور، وقد علمت ضعفه.

قوله: «ففي كل كبد حراء أجر»(١).

اعلم أن حرى علـى وزن عطيتني، ومشـتق من الحرة بكسـر الحاء وهو العطش، يقول: منه رجل حران وامرأة حري، لعطشان وعطشى، والجمع:

---

(١) ورد هذا مرفوعا فقد أخرجه ابن ماجه (٣٦٨٦)، وأحمد (١٧٦٢٣)، والحاكم (٦٥٩٩)، والطبراني في الكبيـر (٦٥٩٨)، والحمـيدي(٩٠٢)، والقضـاعي في مسند الشـهاب (١١٢)(١١٤)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (١٠٣١)،من حديث سراقة بن مالك رضي الله عنه.
قال الألباني : صحيح، قلت: وأصله في الصحيحين بلفظ: «رطبة» بدل: حراء.

الحرار كالعطاش، قاله الجوهري.

قوله: والثاني: إذا انتقلت الدابة من مالكها إلى عبده فقياس كون الوصية للدابة الاستمرار لها وقياس كونها للمالك اختصاصها بالمنتقل عنه، انتهى.

قال في «الروضة»: فالقياس اختصاصها بالمنتقل إليه كما سبق في الوصية للعبد.

قوله: وتجوز الوصية للذمي بلا خلاف كما يجوز التصدق عليه، انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على دعوى عدم الخلاف وليس كما قال، بل فيه وجه أنه لا تصح الوصية له، كذا رأيته في «الشافي» للجرجاني قبل باب حكم الوصايا في الثلث فقال: بعد تقريره أن الوصية لجهة المعصية لا تصح ما نصه بخلاف ما لو أوصى لذمي أو لحربي حيث صحت على أحد الوجهين لأنه مباح فصح كما تصح صدقة التطوع عليهم هذا لفظه، وقد حكى هذا الخلاف أيضاً ابن يونس صاحب «التعجيز» في شرحه« للتعجيز».

قوله: ولو أوصى لوارث أو لأجنبي ولكن بزيادة على الثلث فالوصية موقوفة علي إجازة الورثة، فإن أجازوا صح وإلا فلا.

هذا إذا قلنا إجازتهم تقييد لما فعله الميت وهو أصح القولين، فإن قلنا: إنها ابتداء عطية من الوارث فالوصية باطلة، فإن جعلناها تنفيذاً كفى لفظ الإجازة، وإن جعلناها عطية مبتدأة لم يكف اللفظ المذكور بل لابد من لفظ «التمليك» ونحوه كلفظ الإعتاق إن كان الموصى به إعتاقا، انتهى.

ويتجه أن يكون الخلاف المذكور في أنه صريح أم لا، وأما كونه كناية فلاشك في صلاحيته له.

قوله: والهبة في مرض الموت للوارث والوقف عليه وابراؤه من دين كالوصية ففيها الخلاف السابق، انتهى.

ذكر ـ رحمه الله ـ في كتاب الجنايات في أوائل العفو عن القصاص كلاما مخالفا للمذكور هنا أو مقتضيًا لتخصيصه فراجعه، فإنه أذكره إن شاء الله تعالى.

قوله: ولو كانت الوصية بعبد معين وأجاز الوارث ثم قال: كنت أظن أن التركة كثيرة وأن العبد خارج من ثلثها فثبت خلافه أو ظهر دين لم أعلمه أو تبين لي أنه تلف بعضها، فإن قلنا: الإجازة ابتداء عطية صحت ثم قال: وإن جعلناها تنفيذًا و إمضاءً فقولان نقلهما صاحب «الشامل» وغيره، أحدهما الصحة للعلم بالعبد.

والثاني: أنه يحلف ولا يلزم إلا الثلث كما في الوصية بالمشاع وهذا ما أورده المتولي. انتهى.

ذكر في «الروضة» أيضاً مثله، والصحيح هو القول الأول أعني الصحة، كذا صححه النووي في «تصحيح التنبيه»، ونقله في «الكفاية» عن تصحيح البندنيجي والروياني.

قوله: ولو أوصى لوارثه بماله فالوصية باطلة ويأخذ التركة بالإرث، وقيل: تصح ويأخذها بالوصية.

قال في «التتمة»: وفائدة الخلاف فيما إذا ظهر دين فإن قلنا: يأخذها إرثا، فله إمساكها وقضاء الدين من غيرها.

وإن قلنا: بالوصية، فلصاحب الدين أن يمتنع من أخذ غيرها، انتهى.

زاد في «الروضة» على هذا فقال: ومن فوائده لو حدثت من عين التركة زوائد إن قلنا: وصية، لم يملكها، وإن قلنا: إرث، ملكها على الصحيح.

هذا لفظه وفيه أمران:

أحدهما: أن دعوى ملك الزوائد على القول بالوصية لا يستقيم لأن الزيادة الحادثة، وإن لم يملكها الموصى له لكن يملكها الوارث والموصى له

هاهنا هو الوارث فيملكها علي كل حال غير أنه لا لكونه موصى له، بل لكونه وارثًا.

الثاني: أن حكاية الخلاف في كونه يملكها أم لا على القول بأنها إرث لا تصح أيضاً إذ لا خلاف في أن الوارث يملك وإذا وضح هذا الإشكال على الفائدة الثانية، وصح أيضاً على الفائدة الأولى، لأنا وإن قلنا: أخذ على سبيل الوصية، لكن الدين يمنع من تمليك الموصى له، وحينئذ فتكون على ملك الورثة ويلزم منه أن يجوز له إمساكه وقضاء الدين من غيره كما قلناه.

قوله: ولو وقف داراً في مرض موته على ابنه الحائز لميراثه، وكانت الدار تخرج من الثلث.

وقلنا: بالصحيح، أن الوصية للوارث تصح إذا حصلت الإجازة فليس للوارث إبطال الوقف في شيء منهما ؛لأن المريض إذا تمكن من قطع حق الوارث عن الثلث بالكلية فتمكنه من وقفه عليه أولى.

وقال القفال: له رد الوقف في الجميع، والمشهور الأول ثم ذكر الإمام أن صورة المسألة في ما إذا نجز الوقف في مرضه، وكان الابن طفلا فقبله له ثم مات فأراد الابن الرد أو الإجازة، ولكن لا حاجة إلى هذا التصوير؛ لأنه وإن كان بالغاً فقبل لنفسه لم يمتنع عليه الرد بعد الموت، فإن الإجارة المعتبرة هي الواقعة بعد الموت، انتهى كلامه.

وما ذكره في آخر كلامه من الرد على الإمام قد تابعه عليه النووي في «الروضة» وابن الرفعة في «الكفاية» وهو ذهول عجيب فإن الصحيح على ما قاله الإمام في كتاب الوقف وتبعه أيضاً عليه هناك الرافعي والنووي اشتراط القبول في الوقف على معين، فلا جزم احتاج الإمام في تصوير المسألة لما ذكره لأن القبول لابد منه لاسيما وهو على الفور عند من شرطه، وإن كان حكمه حكم الوصية في حسبانه من الثلث كما لو وهب في مرضه شيئاً

لأجنبي فلابد من القبول على الفور، وإن كان حكمه كالوصية وكيف يمكن أن يجبره في حياته على تمليك بأجر ولأنه إذا لم يقع قبول بالكلية لم يحصل الوقف والكلام في أنه هل يملك إبطاله أم لا؟ نعم إن قلنا لا يحتاج الوقف إلى القبول فله الرد في غير صورة المسألة وإما فيها ففيه نظر.

قوله: ولو كان له ابن وبنت فوقف داراً عليهما نصفين والثالث يحتملهما، فإن رضى الابن فهي كما وقف وإلا فظاهر كلام ابن الحداد أن له رد الوقف في ربع الدار وقال الشيخ أبو علي: عندي أنه ليس للابن إبطال الوقف إلا في سدس الدار. انتهى ملخصاً.

قال في «الروضة»: قول أبي علي هو الأصح أو الصحيح أو الصواب.

قوله: ويصح برقبة المكاتب إن جوزنا بيعه وإلا فقد قال في «التتمة» هو كما لو أوصى بمال الغير، وإذا أوصى بمال الغير فقال: أوصيت بهذا العبد وهو ملك لغيره أو لهذا العبد إن ملكته فوجهان: أحدهما أنها صحيحة لأن الوصية بغير الموجود جائزة فبغير المملوك أولى.

والثاني: المنع لأن مالكه يتمكن من الوصية به والشيء الواحد لا يجوز أن يكون محلاً لتصرف شخصين، وبهذا أجاب صاحب «الكتاب» في «الوسيط»، انتهى كلامه.

واعلم أن المفتى به في هاتين المسألتين مختلف وإن كان كلام الرافعي هذا يوهم اتحادهما في الحكم فأما الأولى فهي ما إذا لم يأت بصيغة الشرط، بل اقتصر على قوله: أوصيت بهذا العبد، فإن الوصية باطلة كما جزم به الرافعي في كتاب الكتابة في الحكم الثالث من النظر الثاني، غير أن النووي قد أسقطه من «الروضة»، وإذا تقرر فيه البطلان كان الحكم كذلك أيضاً في المكاتب لأن الرافعي قد نقل هنا عن «التتمة» أنه مثله وأقره عليه، وقد صرح به الرافعي أيضاً أي البطلان في المكاتب بخصوصه في كتاب الكتابة في

الموضع المذكور ولم يحك فيه خلافا وتبعه عليه في «الروضة» وقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ في «الأم» عليهما، وصرح بالبطلان فيهما فقال في باب الكتابة في أول باب الوصية بالمكاتب ما نصه: قال الشافعي: وإذا أوصى الرجل بمكاتبه لرجل لم تجز الوصية لأنه لا يملك أن يخرجه عن ملكه إلى ملك غيره بحال ما كان على الكتابة.

قال: ولو عجز المكاتب بعد موته أو قبله لم تكن الوصية جائزة لأنه أوصى له به وهو لا يملك إخراجه إلى ملك الموصى له به، كما لو قال متى ماتت لفلان ـ لعبد ليس له ـ لفلان فلم يمت حتى ملكه لم يكن له حتى يحدث له بعد ملكه، وعجز المكاتب وصية به، هذا لفظ الشافعي بحروفه ومن «الأم» نقلته.

وأما المسألة الثانية وهي ما إذا قال: أوصيت بهذا العبد إن ملكته، فإنها تصح كما ذكره الرافعي في الموضع المذكور من كتاب الكتابة أيضاً، وأجاب أيضاً بمثله في الوصية بالمكاتب، ولنذكر لك عبارة الرافعي لتقف عليها، فتقول: قال ما نصه: أما الوصية بالمكاتب فهي جائزة على القول القديم الذي يجوز فيه البيع، وعلى الجديد باطلة لأنه ممنوع من التصرف في منفعته ورقبته فأشبه ما إذا أوصى بعبد الغير، فإن قال: فإن عجز مكاتبي فقد أوصيت به فالأصح الصحة كما لو قال: إن ملكت عبد فلان فقد أوصيت به، والإمام طرد الخلاف في هذه الصورة وجعلها أولى بالبطلان هذا كلامه، وفيه مخالفة للمذكور في الوصية من وجوه:

أحدها: وهو الصواب فكيف يكون في الوصية بمال الغير خلاف مع أنه لا يجوز بيعه ويجزم ببطلان الوصية بالمكاتب، إذا قلنا: لا يجوز بيعه، مع أن المكاتب إذا قلنا: لا يجوز بيعه لا يزيد حاله على ملك الغير بل هو أولى بالصحة لأنه ملكه.

ثانيهـا: أن كلامه في الكتـابة يقتضي الاتفاق على بـطلان الوصية بمال الغير، فإنه جزم به وجعله تعليـلاً لبطلان الوصية بالمكاتب وسوى بينهما في باب الوصية، وحينئذ فكيف يصح تعليل أحدهما بالآخر.

ثالثـها: أنه في الكتابة فرق بين الوصية بعـبد الغير وبين قوله إن ملكت عـبد فـلان فقـد أوصيت به، فـقطع في الأول بالبطلان ورجح في الثـاني الصحة، لأنه قاس الأصح على الأول، وفي كتـاب الوصية جعلها على حد واحد.

واعـلـم أن النووي رجح في المسألـتين الصحة فـقال هنا من «زياداته» قلت: الأول يعني الصحـة أفقه وأجرى على قواعـد الباب، والله أعلم وما ذكره من التـرجيح حـامل لمن لا اطلاع له على العمل به، وقـد علمت أنه مخـالف في الأول لنص الشافعي ومـخالف لما جزم به الرافـعي وكذلك لما جزم به هو في نظير المسألة وهو المكاتب وكأنه لما لم يـجد هنا تصحيحًا ظن أن لا تصحيح فيها فقال ما قال.

قوله: وإن كان له كلاب ففي كيفـية اعتبار الثلث وجوه: أحدها: أنه ينظر إلى قيمتها بتقدير المالية، إلى آخره.

هذه المسألة قـد وقع فيها اضطراب شـديد سبق ذكره واضحـًا في كتاب البيع في الكلام على تفريق الصفقة فلتطالع منه.

قوله: في «الروضة»: أما إذا كان له مال وكلاب فأوصى بكل الكلاب أو ببعضها فثلاثة أوجه:

أصحها نفوذ الوصية فيها وإن كثرت وقل المال، لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، والمال وإن قَلّ خير من ضعف الكلاب إذ لا قيمة لها، وبهذا قال آباء أبو علي بن أبي هريرة والطبري، والشيخ . انتهى.

وتعبـيره بقوله: «آباء» هو بالمد عـلى أنه جمع أب جمع تكسـير ووزنه

أفعال، ولكن سهلـت الهمزة والثلاثة المذكور بعده مرفـوعة على البدل وهم أبو علي بن أبي هريرة وأبو علي الطبري والشيخ أبو علي السنجي.

قوله: ولوأوصى بثلث ماله لرجل وبالكلاب لآخر وفرعنا على الصحيح في المسألة السابقة فقال القـاضي أبو الطيب: تنفذ الوصية بجميع الكلاب لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة خير من ضعف الكلاب، واستبعده ابن الصباغ لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حـصتهم نسبًا نفذت فيـه الوصيةوهوالثلث فلا يجوز أن يحـسب عليهم مرة أخـرى في وصية الكـلاب فعلى هذا يعتـبر ثلث الكلاب وحدها انتهى.

قال في «الروضة»: من زيادته قول ابن الصباغ أصح.

قوله: في أصل «الـروضة» والأحسن أن ينقص من الثلـث شيئـاً، وقيل إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث وإلا فيستحب النقص منه، انتهى كلامه.

وما صححه هاهنا من استحـباب النقص عن الثلث مطلقًا قد خالفه في شرح مـسلم فإنه جـزم في مواضع منه باستـحباب الثـلث إذا كانت الورثة أغنياء، ونقله عن الأصحاب فقال: قال أصحابنا: كذا وكذا.

قوله: فما بـالإنسان من مرض أو علة إما أن ينتهي به إلى حال يقطـع فيها بموته منه عاجـلاً وذلك بأن يشخص بصره عند الـنزع وتبلغ الروح الحنجرة أو يقطع حلقومه ومريئه أو ينشق بطنه ويخرج حشوته.

قال الشيخ أبو حـامد: ويقر في المياه وبعـمره وهو لا يحسن السبـاحة فلا اعتبـار بكلامه ووصيتـه وغيرها لأنه صار في خبـر الأموات وحركتـه حركة المذبوح، وإما أن لا ينتهي إليها فـإما أن يخاف منه الموت عاجلاً وهو الخوف، أو لا فحكمه حكم الأصحاء. انتهى.

وما ذكـره هاهنا من أن المريض بغير جناية قـد يقطع بموته وأنه إذا صار إلى حـركة المذبوحين كـان كالميت، قـد ذكـر في أوائل الجنايات في الطرف

الرابع المعقود لاجتماع مباشر بين ما يناقضه أو يخصصه وكذلك ذكر في مواضع أخرى، وسوف أذكر ذلك في الجنايات إن شاء الله تعالى فراجعه.

قوله: ومنها مرض السل.

هو بفتح السين.

قوله: وفي حمى الغب وهي التي تأتي يومًا وتقلع يومًا وجهان قال قائلون: هذ مخوفة،وبهذا أجاب في «التهذيب» وقال آخرون: لا، وبه أجاب في «الشامل». انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن الصحيح أنها مخوفة كذا جزم به الرافعي في «المحرر» وصححه في «الروضة» من «زياداته»، ولم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً.

الأمر الثاني: أن ما قاله من حصر حمى الغب في التي تأتي يومًا وتقلع يوماً وليس كذلك بل الغب عند الأطباء يطلق على الملازمة أيضاً، فإنهم قالوا: إن الحمى سببها بعض الأخلاط، فإن كانت العفونة داخل العروق فهي الغب اللازمة ، وإن كانت خارج العروق فهي الصفراء الغب الدائرة، وهذه هي التي ذكرها في «الكتاب» فاعلم ذلك، وكلام يقتضي حصر العام في أحد نوعيه ويقتضي أيضاً أن الغب تسمية للازمة، وليس كذلك بل هي قسم من أقسامها والغب بكسر الغين المعجمة، وقد ذكر أيضاً هنا حمى الورد وهو بكسر الواو والربع بكسر الراء أيضاً وإسكان الباء.

قوله: الرابعة: قدم لينفذ قصاصاً ولم يخرج بعد فهو مخوف في أظهر القولين. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وهو كلام موهم غير الصواب، وقد ذكر في كتاب الوديعة في السبب الثالث من الأسباب المقتضية كلامًا فيه شرح لهذا

وإرشاد إلى الصواب.

فقال: فإذا مرض المودع عنده مرضًا مخوفاً أو حبس ليقيد لزمه أن يوصي بالوديعة، هذا كلامه.

فجعل الحبس له كالمرض المخوف وحينئذ فلا يكون المراد هنا بقوله قدم هو الإخراج لذلك، بل تعيينه للقتل وحينئذ فقوله : ولم يخرج يحتمل أن يكون بالخاء المعجمة قبل الراء وهو الظاهر وأن يكون بالجيم.

قوله: وإذا وقع الطاعون في البلد فهل هو مخوف في حق من لم يصبه؟ فيه وجهان جاريان في ما لو فشى فيه الوباء.

قال في «التهذيب»: أصحهما: أنه مخوف. انتهى.

مقتضاه أن الوباء ليس من الطاعون هو الموت من الوباء، هذا لفظه، من غير زيادة عليه، ولم يذكر في الكلام على وباء ما يخالفه فإن قال: الوباء يمد ويقصر مرض عام انتهى.

وقال ابن الأثير في «غريب الحديث»: الطاعون المرض العام، والوباء الذي يفسد له الهواء فتفسد منه الأمزجة، انتهى.

فجعل الوباء قسمًا من الطاعون، وقد عبر في «الروضة» بقوله: إذا وقع الطاعون في البلد وفشا الوباء وهو يقتضي أن الوباء هو الموت، وأن الطاعون سبب له، واعلم أن الأصح هو ما نقله عن «التهذيب»، فقد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر أيضاً بالأصح، وكذلك أيضاً النووي في أصل «الروضة».

قوله: وأما العلقة والمضغة فلا خوف فيها، قاله الشيخ أبو علي وابن الصباغ، وقال المتولي: هو كالولادة. انتهى.

قال في «الروضة»: الأصح أو الصحيح أنه لا خوف فيهما.

قال: كذا نقله القاضي أبو الطيب في تعليقه عن الأصحاب، وقال:

لأنه أسهل خروجًا من الولد.

قوله: ويشترط في المرجوع إليه من الأطباء الإسلام والبلوغ والعدالة والحرية والعدد وقد ذكرنا وجهًا في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول المراهق والفاسق، ووجها أنه لا يشترط العدد.

وعن أبي سليمان الخطابي وجه لم يذكره هناك أنه يجوز العدول بقول طبيب كافر، كما يجوز شرب الدواء من يده ولا يدري أنه داء أو دواء ولا يبعد أن تطرد هذه الوجوه هنا، وقد قال الإمام هنا: الذي أراه أن لا تلحق بالشهادات من كل وجه بل تلحق بالتقويم وتعديل هي الأنصباء في القسمة حتى تختلف الرأى في اشتراط العدد، انتهى.

قال في «الروضة»: المذهب الجزم باشتراط العدد وغيره مما ذكرناه أولاً لأنه يتعلق بهذا حقوق آدميين من الورثة والموصى لهم فاشترط شروط الشهادة كغيرها من الشهادات.

قال: بخلاف التيمم فإنه حق لله تعالى مبني على المسامحة مع أنه ينتقل إلى بدل وليس كالتقويم الذي هو تخمين حتى يمكن تدارك خطأ إن وقع فيه في بيان التبرع المحسوب من الثلث، وهو إزالة الملك عن مال مجانًا، اعترض عليه في «الروضة» فقال: ينبغي أن يضم إليه ما يتناول التبرع بالكلب وسائر النجاسات، وبالمنفعة التي تصح الوصية بها، فيقال: إزالة الاختصاص عن مال ونحوه والذي أورده أعني النووي صحيح لكنه يقتضي أن الغرض ليس بتبرع لثبوت العوض، وقد صرح به الرافعي في أوائل كتاب الضمان من الشرحين في الركن الثالث منه، وخالف فيه النووي هناك، وقال: إنه تبرع وعلى هذا فلا يصير الضابط أيضاً جامعًا، وقد أورد الرافعي أيضاً عليه البيع بثمن مؤجل فإنه تبرع، وإن كان بعوض وهو نظير إيراد القرض، وكذلك أورد عليه الإعارة فإنها تبرع ليس فيها إزالة ملك ولم

يتعرض في «الروضة» لإيرادها عليها، كما أورد غيرها وكأنه أخبر بعدم ذكر الملك وحذف مجاناً، وهذا إن نفعه من هذا الوجه لكنه يرد عليه ما إذا باع بثمن المثل حالاً أو أوصى ببيعه من معين بثمن المثل حالاً أو أوصى ببيعه من معين بثمن حال، فإنه ليس يتبرع مع أن الجد الذي اختاره صادق عليه.

قوله: فروع: باع بالمحاباة بشرط الخيار ثم مرض في زمان الخيار، وأجاز العقد إن قلنا: الملك في زمن الخيار فقدر المحاباة من الثلث، وإلا فلا لأنه ليس بتفويت وإنما هو امتناع من الاكتتاب والاستدراك فصار كما إذا أفلس المشتري والمبيع قائم عنده، ثم مرض البائع فلم يفسخ، أو قدر على فسخ النكاح لعيب فيها، فلم يفعل حتى ماتت واستقر المهر، فإنه لا يعتبر من الثلث. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ نص على أن من اعتقد بشرط الخيار ثم مرض مرضًا مخوفًا، وأجاز أو فسخ على خلاف العطية أن ذلك يعتبر من الثلث فاختلف الأصحاب فيه على ثلاثة طرق:

أحدها: الأخذ بما نص عليه.

والثاني: تجويز كل منهما، سواء وقع على وفق الغبطة أو خلافها تخريجًا مما نص عليه الشافعي وصححه أصحابه أنهما جائزان للمفلس كما سبق ذكره في بابه من هذا الكتاب وهذان الطريقان ذكرهما الرافعي في كتاب الفلس، وحذفهما النووي من «الروضة» هناك ظنا أن الرافعي ذكرهما في بابهما.

واعلم أن الفرق بين المريض والمفلس مشكل والقياس أن ما كان تفويتاً هناك كان تبرعاً وبالعكس، وقد فرق الرافعي هناك بين المسألتين بأن حجر المريض أقوى، واستند في الفرق إلى حكم ليس بصحيح، وقد نبهت عليه هناك فطالعه.

الأمر الثاني: أن البائع المذكور له في مرضه ثلاثة أحوال:

أحدها: الإجازة.

والثاني: النسخ.

والثالث: أن لا يتعاطى واحداً منهما بل يصير إلي انقضاء الخيار ولزوم العقد فأما الإجازة والفسخ فقد ذكرهما المصنف وأما ترك الأمرين فلم يتعرض له ولا يمكن أخذ حكمه مما قاله في الإجازة، لأن المخبر صدر منه قول مخرج الملك فراعينا فيه الغبطة بخلاف المعرض فإنه إنما صدر منه ترك التحصيل، وتركه عند إمكانه لا يحتسب عليه إجماعًا، فظهر أن المتجه عدم إلحاقه به لما قلناه، ولهذا عبروا بالإجازة والفسخ، ولم يعبروا بالفسخ وعدمه فإن عدم الفسخ شامل للإجازة والترك .

قوله: وكذا لو اشترى محاباة ثم مرض ووجد بالمبيع عينا ولم يرد مع الإمكان، لا يعتبر قدر المحاباة من الثلث، ولو وجد العيب وتعذر الرد بسبب وأعرض عن الأرش اعتبر قدر الأرش من الثلث. انتهى كلامه.

ومراده هنا من صدرت منه المحاباة إنما هو المشتري.

إذا علمت ذلك فاعلم أنه ليس في كلامه تصريح بأن أرش العيب في المسألة الأولى وهي ما إذا لم يرد مع الإمكان هل يعتبر من الثلث أولا يعتبر أيضاً؟ لقدر المحاباة بل كلامه كالمتعارض، لأن تقييده بقدر المحابة يوهم اعتباره، وتنصيصه بعد ذلك على الحسبان في ما إذا أعرض عنه بعد امتناع الرد يوهم خلافه، وإلا لم يكن لذكره فائدة وقد صرح صاحب التتمة وغيره بأنه لا يعتبر من الثلث لكن صرح المصنف في موضعين من هذا الكتاب باعتباره أحدهما بعد هذا الموضع بكراريس في الباب الثاني المفقود للمسائل الدورية بعد نحو ستة أوراق منه في أثناء كلام أوله الثالث اشترى المريض عبداً بعشرة، وترجم له في «الروضة» بقوله: فرع، والموضع الثاني في كتاب

التفليس في الكلام على تصرفات المفلس، ونقله هناك عن نص الشافعي، فإن قيل: المريض مالك للمعيب، ومع هذا قلتم: إنه إذا لم يرد يحسب عليه التفاوت من الثلث وقد تقدم في المسألة السابقة أنه إذا مرض في زمن الخيار، وكانت الغبطة تقتضي الرد فلم يرد أنه لا يحسب عليه ذلك فاعتبرنا قدرته على زوال الملك في العيب دون الخيار.

قلنا: فرق الإمام بينهما في كتاب الفلس بفرق فيه نظر، وهذه العبارة الموهمة التي عبر بها الرافعي في هذه المسألة، تبعه على التعبير بها النووي في «الروضة» وابن الرفعة في «الكفاية».

قوله: وإذا اجتمع في التبرعات المتعلقة بالموت عتق وغيره فهل يقدم العتق لقوته أم يستوي؟ قولان: أظهرهما التسوية، هذا في وصايا التمليك مع العتق، أما إذا أوصى للفقراء بشيء وبعتق عبد فقال البغوي: هما سواء لاشتراكهما في القربة، وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين لوجود القوة والسراية. انتهى.

قال في «الروضة»: الأصح: هو قول أبو علي.

قوله: ولو قال لجاريته الحامل: إن أعتقت نصف حملك فزنت حرة، فأعتق نصف حملها في مرض موته فقضية عتق ذلك النصف سرايته إلى النصف الآخر وعتق الأم بسبب التعليق فإن خرجا من الثلث عتقًا جميعًا ، وإن لم يخرج من الثلث مع النصف المعتق إلا الأم ، أو النصف الآخر كما إذا كان جميع ماله ثلاثمائة والأم منها خمسون ، والولد مائة فيقرع بين الأم والنصف الآخر، فإن خرجت على الآخر عتق جميع الولد والأم رقيقة ، وإن خرجت على الأم لم يعتق كلها لأن الحمل في حكم حرمتها يتبع عتقه عتقها فتوزع قيمة الثلث على الأم وهو خمسون وعلى النصف الباقي بالتسوية فيعتق خمسون وعلى النصف الباقي نصف فيكون ثلاثة أرباعه حرا. انتهى كلامه.

وما ذكره من التسوية بين السراية إلى باقي الولد وعتق الأم بالتعليق حتى يقرع بينهما ولم تقدم السراية، قد ذكر في كتاب المعتق في الكلام على عتق الشريك ما يشكل عليه فقال: إذا قال أحد الشريكين للآخر: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر، فأعتق المقول له نصفه سرى عليه على الصحيح لأنه اجتمع على النصف الآخر سراية وتعليق، والسراية أقوى لكنها قهرية، تابعه لعتق نصيبه لا مدفع لها وموجب التعليق قابل للدفع. انتهى ملخصًا.

واستشكل في «البسيط» عدم عتق كل الأم إذا خرجت القرعة عليها.

فقال: فإن قيل: إذا لم يبعد أن يبقى بعض كل منهما رقيقًا، واتصال الولد بأمه لا يزيد على اتصالها بنفسه فلم يستحيل عتق كلها خاصة.

قلنا: ما نقل عن ابن شريح ما ذكرناه وكأنه يقدر الولد في حكم عضو لا يقبل الانفصال عن الأم بخلاف البعض، وعلى الجملة فليست المسألة خالية عن الإشكال، هذا كلامه.

قوله: المسألة الثانية إذا أوصى بعبد أو ثوب من ثلث ماله، وباقي ماله غائب، لم يدفع كله إلى الموصى له، ولا يسلط على التصرف فيه ما لم يحضر من المال الغائب ما يخرج الموصى به من ثلثه لاحتمال تلفه ... إلى آخر ما قال.

ثم قال: لكنهم لو تصرفوا يعني الورثة في ثلثي الحاضر، قال السرخسي في «الأمالي»: إن هلاك المال الغائب بعين نفوذ تصرفهم ولك أن تقول وجب أن يخرج ذلك على وقف العقود. انتهى كلامه.

اعترض عليه في «الروضة» فقال ما نصه: قلت بل ينبغي تخريجه على القولين في من باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً، والله أعلم، هذا لفظه، وهذا الاعتراض غلط مشعر بعدم استحضاره لاصطلاحهم فإنه يقتضي أن القولين المذكورين في بيع مال الأب لا يسميان بقولي وقف العقود وليس

كذلك بل يسميان عند الأصحاب به ،وقد صرح به هو ـ أعني: النووي ـ بذلك في الشرط الثالث من شروط المبيع.

قوله في الركن الرابع : إلا أن يقول هو له من مالي أو يقول: عندي هذا لفلان، فيصح كناية عن الوصية. انتهى.

ذكر مثله في «الشرح الصغير» و«المحرر» ، وكذلك النووي في «الروضة» لكن كلامه في «المنهاج» يقتضي أن الصيغتين من جملة الصرائح، فإنه عدهما معا ثم ذكر بعد ذلك أنه ينعقد بالكناية، وكلام الشافعي في «الأم» يعضده، فإنه قال في كتاب الكتابة في باب الوصية بالمكاتب ما نصه: لو قال رجل: ما لي على مكاتبي لفلان، فإن عجز فهو له أو هو لفلان كانت الوصية جائزة على ما أوصى به كما كان على الكتابة وكتابته تعني للذي أوصى له بها، فإذا عجز فهو للذي أوصى له برقبته كان الموصى له أو غيره، هذا لفظه بحروفه.

قوله: وتصح الوصية بالكتابة مع النية بلا خلاف ولا تنفذ الوصية بمجرد خطه عند الجمهور، ثم قال: واعلم أن انعقاد الوصية بالخط ليس ببعيد ؛لأن الخط لكتابات الألفاظ وقد سبق في البيع ذكر الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالكتابات، وذكرنا الآن أن الوصية أشد قبولا للكتابات، فإذا كتب وقال: نويت الوصية لفلان،أو اعترف ورثته به بعد موته وجب أن يصح. انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» وهو عجيب فقد سبق قريباً أن الخلاف في الانعقاد بالكناية مع النية لا يأتي هنا لاستقلال الموصى بعقدها بخلاف البيع وسبق أيضًا أن الخلاف هاهنا إنما هو مجرد الكناية، وحينئذ فلا يأتي شيء من هذا البحث.

قوله: الثالثة: أن يقع الرد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان:

أحدهما: صحة الرد لأنه تمليك من آدمى بغير عوض فيصح رده قبل القبض كالوقف، ويحكي هذا عن ظاهر نصه في «الأم»،وأظهرهما: المنع لأن الملك حاصل قبل القبض فلا يرتفع بالرد كما في البيع. انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضًا وفيه أمور:

أحدها: أن النووي في «الروضة» قد وافق الرافعي على تصحيح امتناع الرد وخالف في «تصحيح التنبيه» فصحح الجواز.

الثاني: أن المسألة قد صرح بها الشافعي في «الأم» وصرح ببطلان الرد على خلاف ما ذكره الرافعي من الحكاية عن ظاهر نصه فيها.

فقال في «الأم» في باب من يقع عليه الطلاق من النساء ما نصه: وتمام الميراث أن يموت الموروث قبضه الوارث أو لم يقبضه قبله أو لم يقبله لأنه ليس له رده، وتمام الهبة والصدقة أن يقبلها الموهوب أو المصدق عليه ويقبضها، وتمام الوصية أن يقبلها الموصى له وإن لم يقبضها، وتمام البيع أن لا يكون فيه شرط رد حتى يتفرقا عن مقامهما الذي تبايعا فيه، هذا لفظه بحروفه، وحينئذ فتكون الفتوى على ما في «الروضة».

الأمر الثالث: أن ما ذكره الرافعي من القياس على الوقف قد ذكره أيضًا في «الشرح الصغير» وكذلك النووي في «الروضة» ومقتضاه أنه يجوز للموقوف عليه رد الوقف بغير قبوله وهو باطل، وقد ذكر الرافعي، وكذلك النووي من «زياداته» في كتاب الوقف ما يوضح بطلانه، وقد تتبعت الأصول التي يستمد الرافعي منها قرائنه، قد استند في ذلك إلى صاحب «التتمة»، فإنه قد ذكر هذا الكلام على الصواب، وإنما حكاه الرافعي على غير وجه، فإنه قال فيها ما نصه: فأما إن أراد الرد بعد القبول فظاهر ما نص عليه في «الأم» أنه يصح رده وتوجيهه أن الغانمين ملكوا الغنائم بالاستيلاء، ثم لو تركوا حقهم سقط أي أهل الخمس والموقوف عليه ملك منافع الموقوف

قبل أن يقبل ولو رد جاز وتصرف إلى الفقراء.

هذا لفظ المتولي بحروفه وقياسه على الوقف قبل القبول صحيح على قاعدته، فإنه لا يشترطه أعني القبول، وأما الرافعي فإنه لما لم يكن يرى حصول الملك إلا بعد القبول عبر به في القياس ذاهلاً مما يلزم منه فوقع في المحذور.

قوله: ومتى تملك الموصى له الوصية فيه ثلاثة أقوال: ثم قال: ولو أوصى باعتاق عبد معين بعد موته فالملك في العبد إلى أن يعتق للوارث ولا يجعل على الخلاف وفرقوا بأن الوصية تمليك للموصى له فيبعد الحكم بالملك لغير من أوجب له الملك، والعتق ليس بتمليك، ويتفرع على الأقوال مسائل إحداها كسب العبد وثمرة الشجرة... إلى آخره.

اعلم أن النووي في «الروضة» عبر بقوله والملك في العبد إلى أن يعتق للوارث بلا خلاف كما يفهمه كلام الرافعي، ومقتضاه أن يكون الكسب أيضًا له بلا خلاف، وليس كذلك فاعلمه فقد حكى الروياني في «البحر» في باب الإقراع بين العبيد طريقين:

إحداهما: أن فيه قولين كما في العبد الموصى به.

والثانية: أنه للعبد قولاً واحدًا، قال: وهو الصحيح، والفرق أن العبد استحق العتق استحقاقا مستقرا لا يسقط بوجه من الوجوه، وليس كذلك الموصى له.

قوله: وإن قبل في مرض الموت تمليك قريبه فإرثه مبني على أن عتقه إذا حصل الملك فيه لا بعوض بل بإرث أو هبة أو قبول وصية يعتبر من الثلث أو من رأس المال؟ وفيه وجهان مذكوران في باب العتق إن اعتبرناه من الثلث لم يرثه، وإلا ورثه، قال في «التهذيب» : وهو الأصح انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الشرح الصغير» في باب العتق أن عتقه محسوب من رأس

المال، وعبر بالأصح وقال في «الشرح الكبير» هناك أن الأولى بالترجيح أن المملوك بالإرث يحسب عتقه من رأس المال، ولم يرجح شيئا في المملوك بالهبة والوصية، واختلف كلام النووي أيضًا فصحح في هذا الباب حسبانه من رأس المال، ولم ينقله عن البغوي كما نقله الرافعي وصحح في «المنهاج» هناك حسبانه من الثلث، وذكر في «الروضة» أعني في العتق نحو ما ذكره الرافعي.

قوله: الرابع أوصى بعبد لشخصين أحدهما قريبه الذي يعتق عليه، فإن قبل الأجنبي أو لا يملك نصيبه ونصيب القريب، موقوف إلى أن يقبل أو يرد، فإن أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب، ثم قبل فإن قلنا يملك بالقبول قوم نصيبه على الأجنبي، وكان كما لو أعتق الشريك نصيبه وهو موسر، ثم أعتق الثاني نصيبه، وإن قلنا يملك بالموت تبينا أن عتق الأجنبي غير نافذ، وأنه عتق جميعها على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبي. انتهى كلامه.

وتعبيره في آخر كلامه بقوله على الوارث وقع أيضًا في «الروضة» وهو خطأ وصوابه القريب.

الباب الثاني: في« أحكام الوصية»

وهي ثلاثة أنواع: لفظية، ومعنوية، وحسابية:

القسم الأول: اللفظية

وفيه طريقان الأول في الموصى به.

قـوله: ولو أطلق الوصـية بالجـارية فـفي دخول الحـمل فـيهـا وجهـان: أظهرهما في مـادل عليه كلام الأئمة الدخـول كالبيع ولا تبعد الـفتوى بالمنع بخلاف البيع، لأن الحمل لا يفرز بالبيع فجعل تبعًا، ويفرد بالوصية فلا يمنع، ولأن الأصل تنزيل الوصيـة على المتقين ولأن الوصيـة عقد ضـعيف لا يليق بحالها الاستتباع. انتهى ملخصا.

والعلل التي ذكرها مردودة، فأما الأولى فـلأنها تنكسر بالبناء والفراس الحاصلين في الأرض فـإنهما يبـيعان الأرض في بيـعها مع إمكان إفـرادهما بالبيع.

وأما الثـانية: فلأن الأصل في العقود كلها تنزيلها علي المتيقن أو الظاهر القريب منه.

وأما الثـالثة: فمتقوضة بالرهن فإنه عـقد ضعيف باعتراف الرافعي هناك حيث فرق بين دخول البناء والفراس في البيع وبين عدم دخولهما في الرهن مع أن للحمل مـدخل فيه تبـعا للأم، ويدل على صحـة مقالة الأكثـرين ما ذكره في العتق أنه لو أعتق أمته الحامل مملوك له عتق الحمل أيضًا، ولو أعتق الحمل عتق ولم تعتق الأم على الصحيح لأنها لا تتبعه.

واعلم أن صورة هذه المسألة في الحمل الموجود عند الوصية، فأما الحمل الحادث بعدها، فـإن انفصل قبل الموت لم يدخل وإن قـارن الموت فقولان: أصحهما: عدم الدخول أيضًا، كذا ذكره الرافعي قبل هذه المسألة بنحو ثلاثة

أوراق في الكلام علي ما إذا أوصى بالأمة لزوجها فتوطن لذلك، وقد أعاد في باب التدبير الكلام على ما إذا حملت بعد الوصية ووضعت.

وحكى عن الشيخ أبي محمد طرد الخلاف، وولد المدبرة يخالف ولد الموصى بها في هذه التفاريع وإن قلنا أن التدبير وصية كما ستعرفه في بابه فراجعه.

قوله: والدف يجوز الوصية به فإن كان عليه شيء من الجلاجل وحرمناها نزع ولم يدفع إليه إلا أن ينص عليه. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على إعطاء الجلاجل إليه إذا نص على ذلك، وقلنا بالتحريم وكيف يستقيم تصحيح الوصية فيهما مع القول بالتحريم.

قوله: من «زياداته»: مذهب الشافعي حمل اللفظ المشترك على معانيه انتهى.

وما نقله عن الشافعي هنا قد خالفه في كتاب العتق فرجح أنه لا يحمل على جميع معانيه ذكر ذلك في الكلام على ما إذا قال إن رأيت عيبًا فأنت حر، وسأذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى، ووقع الموضعان كذلك في «الروضة».

قوله: واسم القوس يقع على القسي التي لها مجرى تنفذ فيه السهام الصغار، وتسمى الحسبان وعلى الجلاهق، وهو ما يرمى به البندق إلى آخره.

فيه أمران:

أحدهما: أن الحسبان بضم الحاء وبالسين المهملة وبالباء الموحدة، وهو اسم للسهام لا للقوس ثم إنه جمع لا مفرد فاعلم كلا منهما فقد قال الجوهري ما نصه: والحسبان سهام فصار الواحد حسبانه، هذا الفظه، وحينئذ فالضمير في قول الرافعي فيسمى عائد إلى السهام، وأما الجلاهق فبضم الجيم وهو اسم للبندق نسبة كذا صرح به الجوهري فقال: والجلاهق

البندق ومنه قوس الجلاهق، وأصله بالفارسية جلة، وهي كبة غزل هذا لفظه، وعبارة الرافعي صريحة في أنه إسم للقوس نفسه، وليس كذلك.

الأمر الثاني: أن النووي في «الروضة» قد تابع الرافعي على تعدية رمي بالباء وقد صرح في «شرح مسلم» به فقال قوله ﷺ: **«فأبردوا بالصلاة»** وفي الرواية الأخرى: **«فأبردوا عن الصلاة»** هما بمعنى، و(عن) تطلق بمعنى الباء كما يقال: رميت عن القوس أعديها هذا لفظه، فجعل الباء هي الأصل وشبه به بالصلاة، وعن الصلاة، ثم خالف ذلك في «تحرير التنبيه» مخالفة عجيبة، فقال في باب المسابقة: وقول الشيخ وإن شرطا الرمي عن القسي العربية أو الفارسية أو أحدهما يرمي عن العربية والآخر عن الفارسية هكذا ضبطناه عن نسخة المصنف عن القسي بحرف عن في المواضع الثلاث، وتقع في أكثر النسخ بالقسي أي بالباء والصواب الأول.

قال ابن السكيت وغيره من أهل اللغة يقال: رميت عن القوس ورميت عليه، ولا يقال: رميت بها، هذه عبارته، والصواب جواز استعمال الباء أيضًا ذكره ابن قتيبة في «أدب الكاتب» وكذلك البطليوسي في شرحه له فقال وقولهم: رميت بالقوس، ليست الباء فيه بدلا من حرف آخر، بل هي فيه بمثابة قولك: رميت بالحجر زيدًا، والمعنى رميت السهم بالقوس وصرح به أيضًا الثعلبي في تفسيره فقال: تقول: رميت بالقوس وعلى القوس، ذكره في الكلام على قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰ أَن لاَّ أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلاَّ الْحَقَّ﴾ [الأعراف: ١٠٥].

قوله: ولو قال أعطوه ما يسمى قوسًا ففي «التتمة» أن للوارث أن يعطيه ما يشاء سواء كان قوس بندق أو رمى أو غيرهما، ويشبه أن يكون كما لو قال: أعطوه قوسًا إلا أن يقول ما يسمى قوسًا غالبًا أو نادرًا وما أشبهه انتهى.

قال في «الروضة» الذي قاله في «التتمة» هو الصواب.

قوله: ولو قال أعطوه كبشًا أو تيسًا أو شاة لينز بها على غنمه فالوصية

بالذكر، ولو قال نعجة أو شاة يحلبها أو ينتفع بدرها أو نسلها فهي بالأنثى. انتهى.

اعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد أبهم الكلام في هذه المسألة فإن الكبش والتيس والشاة، التي للإنزاء وإن اشتركن في كونهن ذكورًا لكن الكبش لغة من ذكر الضأن والتيس من المعز والشاة منهما، وكذلك النعجة والشاة التي للحلب ونحوه، وإن اشتركتا في كونهما للأنثى لكن النعجة للأنثى من الضأن والشاة لهما.

قوله: لكن لو قال أعطوه شاة من شياهي وليس له إلا ظباء ففيه وجهان حكاهما في المعتمد. انتهى.

قال في «الروضة» : ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحد منهما، وقال ابن الرفعة في «الكفاية»: الأصح بطلان الوصية .

واعلم أن الرافعي قد صحح أن اسم الشاة لا يتناول السخلة، وسكت عن البعير والبقرة هل يتناول الفصيل والعجلة أم لا؟ وقد صرح بعدم التناول في آخر كتاب النذر نقلاً عن الإمام وأقره عليه.

قوله: أوصى بكلب أو حمار، قال الغزالي وغيره لا تدخل فيه الأنثى لأنهم ميزوا فقالوا كلب وكلبة وحمار وحمارة ويشبه أن يقال أنها للجنس لأن التمييز ليس مستمرًا في اللغة، وبتقدير استمراره فلاشك في استمرار العرف بخلافه.

وقد قال بعض الأصحاب: لهذا يتبع العرف. انتهى.

قال في «الروضة»: الصواب ما قاله الغزالي وغيره.

قوله: ولو لم يملك إلا رقيقًا واحدًا وقال أعطوه رأسًا من رقيقي فتبطل الوصية أم تصح ويدفع إليه ذلك الواحد؟ فيه وجهان مذكوران في «التتمة»، والمذهب على ما حكاه من تلقف عن الإمام هو الثاني. انتهى كلامه.

وهذا المنقول عن الإمام صرح بتصحيحه النووي في أصل «الروضة».

قوله: ولو أوصى بأحد أرقائه فيجوز إعطاء الخنثى في أصح الوجهين لشمول الاسم، والثاني: لا لانصراف اللفظ إلى المعهود، ولو قال أعطوه عبدًا لم يعط أمه ولا خنثى مشكلاً، وكذا العكس وفي الواضح الوجهان السابقان. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أنما جزم به الرافعي من طريقة الوجهين في آخر الخنيثى عند الوصية بالرقيق قد أخراهما أيضًا بعد ذلك في أجزائه عند الوصية بالعبد أو الأمة واتضح حاله، ثم ذكر المسألة أيضًا في باب الكتابة في الحكم الثالث من أحكامه، وصحح طريقة القطع بأجزاء الواضح، وتبعه في «الروضة» على ذلك مع وقوعه في اعتراض آخر سوف تعرفه في موضعه فراجعه.

الأمر الثاني: أن ما ذكره من كون الخلاف وجهين قويين قد خالفهما معا في باب الكتابة، فإنه ضعف الخلاف وجعله قولين عن من وستعرف لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال ـ رحمه الله ـ الطرف الثاني في «الموصى له».

قوله: وإذا قال: إن كان حملها غلاماً فأعطوه كذا فولدت ذكرين، فقال الغزالي: لاشيء لهما لأن الشكر يشعر بالتوحيد، وقال أبو الفرج الزاز: يقسم بينهما، قال: وبمثله لو قال إن كان حملها ابنًا فله كذا وإن كان بنتًا فكذا فولدت اثنين فلا شيء لهما، وفرق بأن الذكر والأنثى اسما جنس فيقع على الواحد والعدد بخلاف الابن والبنت وهذا ليس بواضح والقياس أن لا فرق. انتهى.

والتعبير بقوله وبمثله ذكره أيضًا في «الروضة»، وهي عبارة لا معنى لها ولعله أراد أن يقول وفي مثله فذكر ما ذكر وقد رد النووي على الرافعي في

دعواه أن القياس عدم التفرقة، فقال: بل الفرق واضح، قال: والمختار ما قاله أبو الفرج فيقسم بين الذكرين في الصورة الأولى دون الثانية لما ذكره من الفرق.

قوله: في أصل «الروضة» أوصى للفقهاء أو للمتفقهة فهو على ما ذكرناه في الوقف أي حتى يدخل في الفقهاء من حصل شيئًا وإن قل، لكن في لفظ البغوي أنه لا يقنع بما سبق في تفسير الفقهاء لأنه قال: لو أوصى للفقهاء فهو لمن يعلم أحكام الشرع من كل نوع شيئا وفي «التتمة» يرجع إلى العادة، وقيل من حفظ أربعين مسألة فهو فقيه، وهو ضعيف جدًا. انتهى.

وما ذكره من تضعيف الأربعين مخالف لما صرح به في كتاب الوقف فراجعه.

وقد سبق هناك أيضًا أن ما ذكره هناك وهنا من الاكتفاء بالشيء وإن قل لم أره لأحد، وأما حكاية وجه بالأربعين فنقله الرافعي عن حكاية المتولي في «التتمة» ومن راجع كلامه في الوقف و«التتمة» علم أنه ليس حكاية وجه، وذكرفي «شرح المهذب» في باب ما يجوز بيعه ما يخالف المذكور هنا أيضًا، فقال في أثناء فروع نقلها عن «الإحياء» للغزالي ما نصه: قال ولو أوصى بمال للفقهاء فالفاضل في الفقه يدخل في الوصية والمبتدئ من شهر ونحوه لا يدخل فيه، والمتوسط بينهما درجات يجتهد المفتي فيها، والورع لهذا المتوسط ترك الأخذ هذا كلامه، واعلم أن الظاهرية لا يستحقون من وصية الفقهاء شيئًا، كذا نقله ابن الصلاح في فوائد رحلته عن ابن سريج.

قوله:: يدخل في الوصية للفقراء والمساكين فيجوز الصرف إلى هؤلاء وهؤلاء وكذلك بالعكس، وفي قول ما أوصى به للفقراء لا يصرف إلى المساكين، ويحرز عكسه، رواه عصام بن يوسف عن الشافعي. انتهى.

واعلم أن عصامًا هذا ليس من أصحابنا إنما هو من أصحاب أبي حنيفة

وهو إمام من أئمتهم المعروفين، وقد صرح بأنه من أئمتهم العبادي في أول الطبقات عند عدة أصحاب أبي حنيفة، وكلام الرافعي والنووي يوهم خلافه لاسيما في «تهذيب الأسماء واللغات» فاعلمه.

قوله: والوصية للعلماء وسائر الموصوفين كالوصية لأصناف الزكاة في أنه لا يجب الاستيعاب ويقتصر على ثلاثة والأولى استيعاب الموجودين عند الإمكان كما في الزكاة. انتهى.

وهذه المسألة ـ أعني: الاستيعاب ـ عند الإمكان قد ذكرها أيضًا في كتاب قسم الصدقات وفي باب صدقة التطوع، واختلف كلامه فيها، وستعرف الكلام على ذلك واضحا في قسم الصدقات فراجعه.

قوله: ولو أوصى لفقراء بلدة بعينها وهم محصورون فيشترط استيعابهم وقبولهم ذكره صاحب «التهذيب» وغيره. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وادعى في «تصحيح التنبيه» أنه لا خلاف في ذلك فإنه ادعى أن الصواب اشتراط القبول، وقد خالف ذلك في «الروضة» بعد كلامه المتقدم بقليل فحكى وجهين في أنه يجب استيعابهم أم يكفي الصرف إلى ثلاثة، وذكر نحوه في «تصحيح التنبيه» أيضًا في كتاب قسم الصدقات فإنه عطفه على الأصح.

قوله: ولو أوصى لزيد ولله تعالى فوجهان:

أحدها: أن الكل لزيد، وذكر الله تعالى للتبرك لقوله تعالى في الفيء: «فإن لله خمسة وللرسول».

والثاني: أن النصف لزيد والباقي للفقراء فإنه مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى.

وقال الأستاذ أبو منصور: وهذا أصح الوجهين لكنه لم يخصص النصف الثاني بالفقراء، بل قال: إنه في سبيل الله تعالى فيصرف في وجوه

القرب.

وفيه وجه ثالث: أن ابن القاص قال: النصف يرجع إلي ورثة الموصى . انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن الرافعي في «الشرح الصغير» قد رجح الوجه الثاني فقال: وأقواهما :أن النصف لزيد والباقي للفقراء هذا لفظه وصحح النووي في أصل «الروضة» أنه يصرف إلى وجوه القرب، وعبر بالأصح وهو غريب فإن سياق كلام الرافعي يقتضي أنه غير معروف فضلاً عن تصحيحه ولهذا أنه لم يعده معه الأوجه بل لم يحكه في «الشرح الصغير» أصلاً.

الأمر الثاني: أن النووي قد أعاد المسألة أيضًا من زياداته عقب ذكرها في الأصل من غير فاصل غير أنه فرضها في الثلث كاملاً فقال: قلت: ولو قال: أوصيت بثلث مالي لله تعالى صرف في وجوه البر، ذكره صاحب «العدة».

وقال :وهو قياس قول الشافعي، هذا لفظه ، وهو يوهم أن هذه المسألة أخرى.

الأمر الثالث: أن الرافعي قد ذكر في آخر الباب الأول من كتاب الوقف مسألة قريبة من هذه المسألة ليست مذكورة هنا فينبغي استحضارها فقال ما نصه واحتجوا لهذا القول بأنه لو قال أوصيت بثلث مالي واقتصر عليه تصح الوصية، وتصرف إلى الفقراء والمساكين، هذا لفظه، وتابعه عليه النووي على خلاف ما قاله هنا في المسألة السابقة، والفرق بينهما أن الموصي لما أطلق الوصية في الصورة المذكورة هنا، ولم يبين مصرفاً حملناه على الغالب وهم الفقراء بخلاف الصورة الأولى فإن تقييده بقوله لله يشعر بإرادة وجوه البر، لأن من أخرج مالاً في شيء منها صدق أن يقال أنه أخرجه للهتعالى.

قوله: ولو أوصى لأقارب نفسه ففي دخول الورثة وجهان:

أحدهما: لا يدخلون لقرينة الشرع لأن الوارث لا يوصى له، فعلى هذا تختص الوصية بالباقين، وهذا ما يحكى عن الصيدلاني وقطع به في «التتمة» وكلام الغزالي يقتضي ترجيحه.

والثاني: يدخلون لوقوع الاسم عليهم ثم يبطل نصيبهم ويصح الباقي لغير الورثة ، ولك أن تقول :وجب أن يختص الوجهان بقولنا أن الوصية للوارث باطلة، أما إذا قلنا: موقوفة على الإجازة فلتقطع بالوجه الثاني. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن الراجح من الوجهين هو دخولهم ،كذا رجحه الرافعي في «الشرح الصغير» فقال أنه أقول الوجهين، ولم يذكر ترجيحا غيره.

الأمر الثاني: ما نبه عليه في «الروضة» فقال ما معناه الظاهر أن الوجهين جاريان مطلقاً لأن منشأهما اتفاقهما على أن الوارث لا يأخذ شيئاً ، إنما هل ينظر إلى وقوع اسم الغريب عليه فيدخله لإسقاط نصيبه، أو ينظر إلى أن العادة عدم الوصية له فيكون كالعدم، وإنما جزم الرافعي بعدم الأخذ على القول بوقفها على الإجازة لامتناع إجازتهم أنفسهم.

قوله: في المسألة المذكورة الثانية في دخول الأصول والفروع أوجه: أحدها لا يدخل الأبوان ولا الأولاد ويدخل الأجداد والأحفاد وهذا هو الأظهر من جهة النقل .

والثاني: لا يدخل أحد من الأصول والفروع إذ لا يسمون أقارب إلى آخر ما قال.

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من تصحيح الوجه الأول ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضًا وعبر بالأظهر.

إذا علمت ذلك فقد صحح في «المحرر» الوجه الثاني وعبر بالأظهر أيضًا فقال ما نصه: إلا أن الأظهر أن الأصول والفروع لا يدخلون هذا لفظه وهو غـريب، وتبـعه النـووي في «الروضة» و«المنـهاج» على هـذا الاختـلاف، و«العمدة» هنا على مـا في «الكبير» و«الروضة» لتصحـيح الرافعي بأنه أظهر نقلاً، والمذهب نقل.

قوله: وصية العجم للأقارب يدخل فيها أقارب الأم، وفي وصية العرب وجـهان: أظهـرهمـا عند الغـزالي وصـاحب «التهـذيب»أنهـا لا تدخل لأن العرب لا تعدها قرابة ولا يفتخر بها.

والثـاني: يدخل وهو الأقـوى وظاهر الـنص وأجـاب به أصـحـابنا العراقيون. انتهى ملخصاً.

وحاصله تصحـيح الدخول، وقد ذكر مـثله في «الشرح الصغيـر» وعبر بالأقوى أيضًا.

إذا علمت ذلك فقد صحح في «المحرر» عكسـه فقال عطفاً على الأظهر ما نصه: وإن قرابة الأم لا تدخل في وصية العرب، ولـم يتفطن النووي لهذا الاختـلاف، بل ذكر في «المنهاج» و«الروضـة» كما في «الشـرح» و«المحرر» وعبر بالأصح فيهما والفتـوى على ما في «الشرح» و«الروضة» لموافقته ظاهر النص، وقول الأكثـرين إذا أوصى لأقرب أقارب نفسـه فكان الأقرب وارثاً صـرفنا إلى من ثلثـه ممن لـيس بوارث إن لم يصـحح الوصـيـة للوارث أو صححناها فلم يجـزها سائر الورثة كذا نقله البغوي وغـيره وهو تفريع على أنه لو أوصى لأقارب نفسـه لـم يدخل الورثة الشرع، أما إذا قلنا :يدخلون، وتوزع عليـهم وعلى من ليس بوارث فـهـاهنا تبطل الوصـيـة إلا أن يتعـد الأقربون ويكون فيهم وارث وغير وارث انتهى.

اعلم أنا إذا قلنا بالوجـه الأخير وهو أنهم يدخلون وتوزع عـليهم وعلى

من ليس بوارث فإنهم لا يأخذون شيئا، وفائدة إدخالهم والتوزيع عليهم إسقاط نصيبهم فلهنا فرع عليه الرافعي هنا إبطال الوصية فافهمه، وقد تقدم قبله بتقليل ما يرشد إلى ذلك.

قوله: وفي الأهل وجهان: أحدهما الحمل على الزوجة فعلى هذا إذا صدرت الوصية من امرأة تطلب.

والثاني: على كل من تلزمه نفقته. انتهى.

قال في «الروضة» الأصح هو الوجه الثاني قال: وينبغي على الوجه الأول أن لا تبطل إذا صدرت من امرأة، بل يتعين الوجه الثاني أو يرجع فيه إلى العرف.

قوله : وأحماء الرجل أبوا زوجته وفي دخول أجدادها وجداتها تردد حكاه الإمام ولا يدخل أبوا زوجة الأب وأبوا زوجة الابن والأصهار كالأحماء.

كذا نقله الأستاذ أبو منصور وإمام الحرمين وفي أمالي السرخسي أنه كل رجل من المحارم فأبو زوجته حمو، وأن الأصهار تشمل الأختان والأحماء قال في «الروضة»: إن ما قاله السرخسي هو المعروف عند أهل اللغة.

قوله: ويتامى القبيلة هم الصبيان الناقدون لإمائهم وفي اشتراط الفقر فيهم وجهان أشبههما: بما قيل في الغنيمة نعم وبه قطع أبومنصور ثم إن انحصروا وجب وإلا جاز الاقتصار على ثلاثة انتهى.

وما ذكره من إطلاق الوجهين قد تابعه عليه أيضًا في «الروضة» ورأيت في شرح فروع ابن الحداد لأبي بكر الصيدلاني، أن مجملهما إذا أوصى لليتامى ولم يعين فإن عين قال: وكيتامى بني زيد أعطى الغني والفقير، وفي تعبير الرافعي إشعار بأن ولد الزنا لا يستحق لأن فقد الأب يتوقف على تقدم وجوده.

قوله: ولو قال لورثة فـلان فورثته بنت واحدة ولم يحكم بالرد فيـستحق جميع الوصية أم نصفه فيه وجهان أصحهما عند الأستاذ أولهما .انتهى.

والصـحيـح ما صـحـحه الأسـتـاذ، كـذا صحـحـه النووي في أصل «الروضة»، ولم يتعرض للمسألة في «المحرر» ولا في «الشرح الصغير».

قـوله: ذكر الأسـتـاذ أن الأرامل من فـارقهـن الأزواج وبه أخذ الإمـام، وعـبارة صـاحب «المهـذب» و«التـهذيب» لا يعـتـبـر بقدم التـزويج. انتـهى ملخصاً.

والأصح هو الأول فقد نص عليه الشافـعي كما نقله عنه في «النهاية»، وقال النووي في «زيادات الروضة» أنه الأصح، قـال: والعجب من الرافعي حيث طالع «النهـاية» في هذه المسألة، ثم عزاه إليه، وترك الإعـزاء إلى إمام المذهب لاسيما أنه لم يظفر بترجيح.

قوله: وفي دخول رجل لا زوجة له في الأرامل وجهان. انتهى.

والأصح كما قاله في «الروضة» عدم الدخول.

قوله: وفي اشتراط الفقراء الوجـهان المذكوران في الأيتام، وقطع الأستاذ بالاشتراط هاهنا. انتهى.

والتعبير بقـوله هاهنا يوهم أن الأستاذ لم يقطع بذلك في الأيتام،وليس كذلك، بل قطع فيهم أيضًا به، وقد نقله عنه الرافعي.

قـوله :ففي «المـهذب» و«التـهـذيب» أن الشيـوخ من جـاوزوا الأربعين والفتيـان والشبان من جاوز البلوغ إلى الثلاثين، والمفـهوم منه أن الكهول هم الذين بين الثلاثين والأربعين ورواية الأستاذ عن الأصحاب الرجوع في ذلك إلي اللغة واعتبار لون الشعر في السواد والبياض والاختلاط. انتهى.

قال في «الروضة» من «زياداته»: الأصح المختار هو الأول.

قال: وصرح الروياني وغيره بأن الكهول من الثلاثين إلى الأربعين وكذا

قال أهل اللغة أيضًا أنه من جاوز الثلاثين.

قوله: ولو أوصى لزيد بدينار وللفقراء بثلث ماله لم يصرف إلى زيد غير الدينار، وإن كان فقيراً لأنه قطع اجتهاد الوصي بالتقدير ويحتمل الجواز، انتهى.

تبعه عيه في «الروضة» وهو يقتضي عدم الوقوف على قائل بالجواز، وقد نقله الروياني في «البحر» عن الحناطي .

قال رحمه الله: القسم الثاني في «المسائل المعنوية»

قوله: وإذا أطلق الوصية بالمنفعة أو قيدها بالتأبيد كانت تمليكاً، أما إذا قال : أوصيت لك بمنافعة حياتك فهو إباحة وليس بتمليك فليس له الإجارة، وفي الإعارة وجهان. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما جزم به هاهنا من كونه إباحة حتى لا تصح إجارته قد تابعه عليه في «الروضة» وقد جزم أعني الرافعي بما يخالف ذلك في الباب الثالث من أبواب الإجارة، وقد ذكرت لفظه هناك، والصواب هو المذكور هناك، فإن هذا نظير ما إذا قال: وقفت هذا البستان مثلاً على زيد، ثم عمرو فإن كل واحد منهما يملك منفعته، وإن كان مقيداً بحياته.

الأمر الثاني: أن الأصح من الوجهين في الإعارة هو المنع فقد جزم به الرافعي في نظيره من الوقف، وقد تقدم ذكره في الطرف الثاني من الباب الثاني فله طالع منه وقد ذكر الرافعي في كتاب الهبة في الكلام على العمري والرقبى كلاماً آخر متعلقاً بما نحن فيه يتعين الوقوف عليه فراجعه وراجع المذكور في الإجارة أيضًا فإن فيه أموراً أخرى.

قوله: وفي مهر الجارية الموصى بنفعها وجهان: ذهب العراقيون بأسرهم وصاحب «التهذيب» إلى أنه للموصى له ، والمنسوب إلي المراوزة أنه لورثة الموصى وهذا أشبه وأظهر على ما ذكره الغزالي. انتهى ملخصاً.

والتعبير بالأشهر لم يذكره الغزالي فهو إذن ترجيح من الرافعي، فقد صرح بالترجيح أيضًا في «الشرح الصغير» فقال ما نصه وأظهرهما أنه لوارث الموصى لأنه بدل منفعة البضع ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها انتهى، وصحح عكسه في «المحرر» وعبر بالأصح وتبعه النووي في «الروضة»

و«المنهاج» على هذا الاختلاف، وقد ظهر لك أن الراجح نقلاً هو ما في «المحرر».

قوله: ولا خلاف في أنه ليس له وطئها لكن لو وطئ لا يحد للشبهة، وفيه وجه أنه يحد كما لو وطئ المستأجر. انتهى كلامه.

وما صححه هنا من عدم وجوب الحد قد جزم بما يخالفه في كتاب الوقف، ذكر ذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني في الكلام على وطء الواقف للجارية الموقوفة بلا شبهة وقد تقدم ذكر لفظه هناك، ووقع هذا الاختلاف في «الروضة» أيضًا، فالمذكور هنا أوجه.

قوله: وإذا أعتق العبد الموصى بمنفعته صح وكانت الوصية على حالها، وقيل: تبطل فعلى هذا يرجع الموصى له على المعتق بقيمة المنافع فيه وجهان. انتهى.

قال النووي: من زياداته لعل أصحها الرجوع.

قوله: وإن كان موصى بمنفعته على التأبيد فهل يجوز للوارث بيع العين؟ فيه وجوه ثالثها: يصح بيع العبد والأمة، لأنه يتقرب إلى الله تعالى بإعتاقهما.

ورابعا: وهو الأرجح على ما يدل عليه كلام الأئمة أنه يصح البيع من الموصي له، ولا يصح من غيره إذ لا فائدة له فيه . انتهى.

وحاصل ما ذكره هاهنا أن المبيع إذا لم يكن فيه منفعة سوى الإعتاق لا يصح بيعه وهو مخالف لما جزم به في أوائل البيع من صحة بيع العبد الزمن وعلله بأنه يتقرب بإعتاقه إلى الله تعالى، وهذا التعليل موجود بعينه هنا فيلزم القول بصحة بيع العبد والأمة مطلقاً.

قوله: الرابع ليس للوارث وطء الجارية الموصى بمنفعتها إن كانت ممن يحبل لما فيه من خوف الهلاك بالمطلق والنقصان والوصف بالولادة وقد يوجه أيضًا بأنه غير تام الملك فيها، وإن كانت ممن لا يحبل فعلى وجهين كما

ذكـرنا في وطء الراهن الجارية المرهونة ، وقطع صاحب التتمة بالجواز إن كانت ممن لا يحبل وذكـر وجهين في إذا كانت ممن يحبل فيحصل من ذلك ثلاثة أوجه. انتهى كلامه.

وحاصله تصحيح المنع مطلقاً وأن الراجح في من يحبل طريقة القطع وفي من لا تحبل طريقة الوجهين، وقد اختصر اختصاراً غير مطابق فصحح التفصيل فقال فيه أوجه: أصحها ثالثها يجوز إن كانت ممن لا يحبل وإلا فلا، هذا لفظه وإنما كان التجويز هنا أولى من الرهن لأن المنافع هنا لا تفوت بالاستيلاد بدليل جواز عتقه ومقصوده الرهن وهو البيع يفوت ولم يتعرض للمسألة في «الشرح الصغير».

قوله: وإن فداه الموصى له ففي وجوب الإجابة على المجني عليه وجهان: أحدهما: لا ، لأنه أجنبي عن الرقبة .

وأظهرهما: الوجوب لظهور غرضه، وهذا ما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه فلو فدى حصته قال الحناطي : يباع نصيب صاحبه وفيه إشكال لأنه إن فدى الوارث فكيف تباع المنافع وحدها؟ وإن فدى الموصى له، واستمر حقه فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق. انتهى.

وما ذكره الصيدلاني من بيع المنافع وحدها أمر معقول قد قلنا به في ما إذا باع حق البناء على السطح ونحوه.

قوله: فرع لابن الحداد إذا وصى لرجل بدينار كل شهر من غلة داره أو كسب عبده وجعله بعده لوارثه أو للفقراء والغلة والكسب عشرة مثله.

قال ابن الحداد فليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار ويدعوا ما يحصل منه دينار لأن الأجرة تتفاوت وقد تتراجع وتعود إلى دينار ثم قال فأما بيع مجرد الرقبة فعلى ما سبق من الخلاف في بيع الوارث الموصى بمنفعته. انتهى .

فيه أمران:

أحدهما: أن تخريجه على الخلاف الذي ذكره لا يستقيم لأن الموصي بمنفعته مسلوب المنفعة بالنسبة إلى البائع فيكون البائع والحالة هذه بائعاً لجميع ما يملك، وفي مسألتنا البائع مالك للمنفعة أيضًا، ويريد إخراجها بالاستثناء فلا يصح تخريجه على ما تقدم، بل يتخرج على ما إذا باع عينًا واستثنى لنفسه من منفعتها شيئاً فإن المذهب القطع بالبطلان خلافاً لابن شريح في تخريجه على بيع المستأجر.

الأمر الثاني: أن تخريج هذه المسألة على الخلاف الذي قاله يقتضي أنه إذا باعه لزيد الموصى له يصح بيعه على الصحيح كما في تلك المسألة وهو فاسد لأن البائع هناك لم يستثن لنفسه شيئاً بخلاف مسألتنا بل لو باعه أيضًا الرقبة وما يستحقه من المنفعة لم يصح أيضًا لأن المشتري هناك يصير مالكاً للرقبة والمنفعة ملكاً تاماً ينتقل عنه إلى وارثه فصح بخلاف ما إذا جعل المنفعة بعد زيد للفقراء فإن البيع والحالة هذه مخالف لمقتضى العقد، فإنه لو باعه عيناً على أنه إذا مات كانت المنفعة للفقراء لا يصح البيع.

قوله: وإن كان هناك وصايا أخرى قال صاحب «التقريب» :يوزع الثلث بعد الدينار الواحد على أصحاب الوصايا ولا تتوقف فإذا انقضت سنة أخرى استرد منهم بدينار ما يقتضيه التقسيط قال الإمام هذا بين إذا كانت الوصية مقيدة بخبرة الموصى له، وأما إذا لم يقيد وأقمنا ورثته مقامه فهو مشكل لا يهتدي إليه. انتهى.

وهذه المسألة ينبغي أن يقال فيها: يستوعبون ما يقتضيه توزيع الثلث على الوصية بالدينار وباقي الوصايا فإذا حصل هذا الاستيعاب انتهى الاستحقاق، وبيان ذلك أنه إذا أوصى بالدينار المذكور فهذه لو انفردت كانت كالوصية بالثلث والذي يزاحمها من الوصايا يوزع الثلث عليهما وعلى هذه الوصية علي مقدارهما، فإن كانت الوصايا مقدار الثلث كانت حصة وصية الدينار

نصف الثلث، وإن كانت الثلثين كانت حصة هذه الثلث على هذا القياس أبداً وحينئذ يزول الإشكال.

قوله: فرع لو انهدمت الدار الموصى بمنفعتها فأعادها الوارث؟ هل يعود حق الموصى له؟ وجهان ولو أراد الموصى له أعادها فعلى الوجهين. انتهى.

والأصح كما قاله في «الروضة»: أنه يعود.

قوله: ولو أوصى بحجة الإسلام وأضافها إلى الثلث ففي تقدمها على سائر الوصايا وجهان أصحهما عند صاحب الكتاب أنها لا تقدم. انتهى.

ذكر مثله في «الشرح الصغير» والأصح هو ما صححه الغزالي، كذا صححه النووي في أصل «الروضة»، ولم يتعرض للمسألة في «المحرر»

قوله: في «الروضة» ولو تبرع أجنبي فكفر عن الميت بالطعام أو الكسوة أجزأه علي الأصح لقضاء الدين، ولو تبرع بالعتق فقيل على الوجهين، وقيل بالمنع قطعاً. انتهى كلامه.

والصحيح في المسألة الأخيرة المنع من حيث الجملة كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والمصنف كلاهما في كتاب الأيمان، ومحله في الكفارة المخيرة فلو كانت مرتبة صح الإعتاق من الأجنبي على الأصح كذا ذكره في أصل «الروضة» هناك.

قوله: ولو أوصي بالعتق في الكفارة المخيرة وزادت قيمة الرقبة علي قيمة الطعام والكسوة فالأصح اعتباره من الثلث لأنه غير محتم عليه، ثم قال وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يعتبر جميع قيمته من الثلث فإن لم يف الثلث به عدل إلى الطعام.

وأشبههما: أن المعتبر بين الثلث ما بين القيمتين من التفاوت لأن أقل

القيمتين لازم لا محالة. انتهى كلامه.

وليس فيه هنا ترجيح غير والصحيح اعتبار الجميع على خلاف ما يقتضيه كلامه هنا فاعلمه فإن الرافعي قد أعاد المسألة في كتاب الأيمان في الباب الثاني المعقود للكفارة، ونقل هذا الترجيح بعينه فقال أنه أقيس عند الأئمة ثم قال ولكن الأصح وظاهر النص حسبان الجميع من الثلث، ووقع الموضعان كذلك في «الشرح الصغير» و«الروضة».

قوله: وذكر صاحب «العدة» أنه لو أنبط عيناً أو حفر نهراً أو أغرس شجراً أو وقف مصحفاً في حال حياته أو فعل غيره عنه بعد موته يلحق الثواب بالميت.

اعلم أن أنبط بنون ساكنة وباء موحدة مفتوحة وطاء مهملة قال الجوهري يقول: نبط الماء ينبط وينبط، أي بالكسر والضم نبع، وأنبط الحفار نبع الماء، هذا لفظه.

قوله: والصدقة عن الميت والوقف عنه ينفعه وهذا القياس يقتضي جواز التضحية عن الميت لأنها ضرب من الصدقة، وقد رأيت أبا الحسن العبادي أطلق القول بجواز التضحية عن الغير وروى فيه حديثا، لكن في «التهذيب» أنه لا يجوز التضحية عن الغير بغير إذنه وكذلك عن الميت إلا أن يكون أوصى به. انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» وليس فيه تصريح برجحان في التضحية عن الميت إذا لم يوص وقد جزم الرافعي في «المحرر» بالمنع ذكر ذلك في كتاب الأضحية، وتبعه عليه في «المنهاج» وصرح القفال في «فتاويه» بحكاية وجهين في التضحية عن الميت بخصوصه قال: فإن جوزنا لم يجز الأكل لأن الأضحية وقعت عنه فلا يجوز الأكل إلا بإذنه وهو متعذر، ولم يبين الرافعي ولا النووي الحديث الذي رواه العبادي فهو ما رواه مسلم في كتاب الحج أن

رسول الله ﷺ ضحى عن أزواجه بالبقر.

قوله: وعن القاضي أبي الطيب طريق ثالث في انتفاع الميت بالقراءة وهو أن الميت كالحاضر فترجي له الرحمة وحصول البركة، إذا أهدي الثواب إليه القارئ. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره الرافعي في آخر كلامه من التعبير بقوله أهدى قد رأيت كذلك في نسخ عديدة من الرافعي ولم أر في شيء من نسخه ما يخالفه، والمراد به الجعل بقوله اللهم اجعل ثوابه واصلاً لفلان كما هو المعتاد الآن، وقد سبق في الإجارة نقله عن الشيخ عبد الكريم السالوسي إلا أنه على هذا التقدير لا يكون طريقاً ثالثاً ولا يتقيد أيضًا بحضورهم عند الميت لا جزم أنه في «الروضة» لما أشكل عليه ذلك لم يعبر بالإهداء، بل عبر بالوصول فقال: إذا وصل الثواب للقارئ.

الأمر الثاني: أن نسخ الرافعي قد اضطربت في التعبير عن ما بعد لفظ أهدى ففي كثير منها إذا أهدى الثواب إلى القارئ ولا معنى لهذه العبارة، ولعله هو الحامل للنووي على التعبير بقوله وصل وفي بعضها إليه كما تقدم نقله عنه، وفي بعضها إليه كما تقدم نقله عنه، وفي بعضها إذا أهدى الثواب القارئ أي بدون شيء قبل القارئ لا إليه ولا إلي، وعلي هذا فالقارئ فاعل مؤجر، وبالجملة فهذه المقالة قد سبق بيانها من الرافعي في كتاب الجنائز في الكلام على الدفن فقال: وسأل القاضي أبو الطيب عن قراءة القرآن في المقابر فقال: الثواب للقارئ ويكون الميت كالحاضر يرجى له الرحمة والبركة فيستحب قراءة القرآن في المقابر والدعاء عقبها ،هذا لفظه، وفيه شرح لما أجملته في هذا الباب، ووقع غلطه وتحريفه.

قوله في «الروضة»: ولو قال أوصيت لعبدي برقبته فهي وصية صحيحة

ومقصودها الإعتاق، ويشترط قبـول العبد على الأصح لاقتضاء الصيغة ذلك كقوله لعـبده :ملكتك نفسك، أو وهبتك نفـسك فإنه يشترط فيـه القبول في المجلس، ولو قـال: وهبـتك نفسك، ونوى به الـعتق عـتق بلا قـبول. انتـهى كلامه.

وما ذكره في أجره مشكل بل ينبغـي اشتراط القبول لأنه صريح في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه كما لو قال لشخص: تصدقت عليك ونوى الوقف فإنه لا يكون مـقابل صدقـة لأنه وجد نفاذاً في مـوضوعه فـلا ينصرف إلى غيره بالنـية بخلاف ما إذا أضافـه إلى جهة كالفـقراء كما سبـق إيضاحه في بابه، وتقـدم الوعد بذكر هـذا الإشكال، فالصـواب التسوية بين المـساكين، واعلم أن الرافعي عبر بقوله ولو قال: وهبت نفسك لا على طريق التمليك، بل نوى به العتـق عتق من غيـر قبول هذه عـبارته، وهو يحـتمل أن يكون التعبير بقوله لا على طريق التمليك من جملة الصيغة الصادرة من السيد وأن لا يكون كـذلك، بل تصـوير المسألة، فـإن كـان الأول كان الحكم المذكـور صحيحاً لأن اللفظ الأخير منع الأول من مـدلوله فأشبه السلم فإنه لا ينعقد بلفظ البـيع على ما صحـحوه فـإذا ضم إليه بعد ذلك لفظـاً آخر ذلك علي السلم انصرف إليه كما أوضحتـه في بابه وكما إذا قاله وهبتك هذا بكذا فإنه يكون بيعاً وغير ذلك.

قوله: وإذا امـتلك في مرض موته من يعتق عليـه فهل يحسب عتـقه من الثلث فيه وجـهان الأشبه لا بل يحسب من رأس المال لأنه لم يعتق بـاختياره ولم يبذل مالاً فيتضرر به الورثة .انتهى ملخصاً.

وما رجحه هنا من كونه يحسب من رأس المال صرح أيضًا بتصحيحه في «الشرح الصغـير» وعبر بالأظهـر، ثم أعاد المسألة في كتـاب العتق من هذا الكتاب أعني «الشـرح الكبير» وذكر مـا يوافق هذا فقال أنه أولى بالتـرجيح لكن ذكر ذلك في الإرث خاصة، وأمـا الهبة والوصية فحكى فـيها وجهين

من غير ترجيح.

إذا علمت ذلك فقد ذكر هذه المسائل الثلاث في كتاب العتق من «المحرر» وصحح في الكل أنه يحسب من الثلث وعبر بالأصح، ولم يذكر المسألة في هذا الباب، وتبعه النووي في «الروضة» و«المنهاج» على هذا الاختلاف.

قوله: وأما إذا نجز عتق الحامل في الحياة واستثنى حملها ففي «التهذيب» وغيره أن الحمل يعتق أيضًا، وأن الاستثناء لا يصح ولم يذكروا فيه خلافاً. انتهى.

وما ادعاه من نفي الخلاف قد تبعه عليه في «الروضة» أيضًا وعبر بقوله: لم يصح استثناؤه بلا خلاف، وليس الأمر كذلك فقد ذكر في «الكفاية» عن القاضي الحسين فيه خلافاً مبنياً على أن عتق الحمل هل هو بطريق السراية أو بطريق التبعية؟، فإن قلنا بطريق التبعية صح استثناؤه، قال: لأن الشيء قد يتبع ظاهراً، فإذا صرح بخلافه انقطع عنه كالثمرة التي لم تؤثر ببيع الأصل في البيع عند الإطلاق، وإذا صرح باستثنائه لم يتبع فيها.

قوله في أصل «الروضة» :ولو كانت لشخص وحملها لآخر فأعتقها مالكها لم يعتق الحمل قطعاً لأن اختلاف الملك يمنع الاستتباع. انتهى.

وما ادعاه من كونه لا يعتق قطعا ليس كذلك فقد نقل القاضي الحسين في التعليق عن بعض أصحابنا أنه يعتق ويجب على معتق الأم قيمته وقت الخروج من البطن ونقله أيضًا ابن الرفعة في «الكفاية».

قوله: الخامس أوصى بثلث عبد معين أو دار فاستحق ثلثاه ففيه طريقان إلى آخره.

اعلم أن الصحيح في هذه المسألة خلاف ما ذكره هنا وقد سبق بيان ذلك واضحا في آخر الباب الثالث من أبواب الإقرار.

قوله: ولو أوصى بثلث صبرة فتلف ثلثاها فله ثلث الباقي بلا خلاف لأن الوصية تناولت التالف كما تناولت الباقي. انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم الخلاف تابعه عليه في «الروضة» وهو غريب جداً، فقد جزم في «التتمة» بأنه يستحق الجميع، كذا ذكره في الفصل الرابع من الباب الثالث فقال: الخامس لو أوصي بثلث صبرة من الطعام فتلف ثلثاها فيسلم الباقي إلى الموصى له بخلاف الدار إذا خرج ثلثها مستحقاً هذا لفظه، ثم فرق بأن المستحق غير قابل للعقد، وأما فحملها قابله له فصح فيها العقد والوصية إذا صحت وأمكن الوفاء بها لا يجوز إبطالها وأغرب من ذلك أن الماوردي في «الحاوي» قد نقله عن نص الشافعي في «الأم» ومثل له بأمثلة منها الأدرض والدراهم والدنانير ثم إن الماوردي بعد ذلك رجح خلاف العنص فقال والذي أراه أنه لا يستحق إلا ثلث الباقي، ذكر ذلك في فصل أوله فإذا تقرر أن له جميع الثلث وذكر أيضًا في «البحر» ما ذكره الماوردي من النص والمخالفة.

قوله: وما أوصى به للمساكين هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال فيه طريقان:

أحدهما: أنه على قولين كما نقل الزكاة تنزيلاً للفظ المطلق على ما ورد به الشرع.

والثاني: ترتيب الوصية على الزكاة إن جوزنا نقل الزكاة ففي الوصية أولى، وإن منعنا ففي الوصية وجهان، والفرق أن الزكاة مطمح نظر الفقراء من حيث أنها موظفة دائرة والطريق الثاني هو المذكور في الكتاب لكن الأكثرون أوردوا الأول. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ظاهر هذا الكلام ترجيح منع النقل لأنه المصحح في

الزكاة، لكن صحح الرافعي في قسم الصدقات جواز نقل الوصية والكفارات، وستعرف لفظه في موضعه فراجعه ووقع الموضعان كذلك في «الروضة».

الأمر الثاني: أن الغزالي في «الوجيز» قد ذكر في قسم الصدقات طريقين آخرين: أحدهما: تخريجه على الزكاة، والثاني: جوازه، وكلام الرافعي يوهم خلافه، وستعرف ذلك أيضًا في موضعه.

وقول الرافعي مطمح هو سكون الطاء وبالحاء المهملتين قاله الجوهري طمح بصره إلى الشيء أي ارتفع وبفتح الميم معناه ارتفع وأطمح بصره أي رفعه وكل شيء مرتفع فهو طامح ، وهذا المعنى هو معنى قول الفقهاء أن أعين الفقراء تمتد إلى الزكاة .

قوله: وإذا قلنا لا يجوز النقل فلو لم يكن في تلك البلدة فقير فتنقل كالزكاة أم تبطل الوصية ، فيه وجهان في بعض الشروح، ولو عين فقراء بلد ولم يكن فيهم فقير بطلت الوصية كما لو أوصى لولد فلان ولا ولد له، انتهي كلامه.

والأصح من الوجهين كما قال في «الروضة» من زوائده هوجواز النقل، وما ذكره في آخر كلامه من بطلان الوصية عند التعبير فقد وافقه عليه في «الروضة»، وذكر من زياداته قبيل باب الهدي في نظيره من النذر أنه يصير إلى وجودهم، وقد ذكرته هناك فراجعه.

قال - رحمه الله - : القسم الثالث في «المسائل الحسابية»

قوله: ولو قال وصيت له بنصيب ابني فوجهـان: أصحهما عند العراقيين والبغوي البطلان.

وأصحهما عند الإمام والروياني وغيرهما وبه أجاب الأستاذ أبو منصور صحـتهـا، ويجري الوجهـان في ما لو قـال بعت عبدي منـك بما باع به فلان قريبه وهما يعلمان قدره. انتهى ملخصاً.

لم يصرح أيضًا بتصحيح هنا والأصح هو الصحــة فقد صححه الرافعي في كتاب البـيع في آخر الكلام على بيع المرابحة وعبر بالأصح وتبـعه عليه النووي، وصحـحه أيضًـا في «الشرح الصـغيـر» هنا وعبر بـالأظهر، ولم يتعرض للمسألة في «المحرر».

قـوله: ولو قـال أعطوه زهاء ألـف درهم فـالوصـيـة بما قـوف النصف. انتهى.

وزهاء بضم الزاي المعجـمة وتخفـيـف الهاء وبعدها همـزة ممدودة معناه قدر، قـال الجوهري: زهاء مـائة أي قدر مائة، هذا لفظه، وحـينئذ فـالقول بإعطاء ما دون الألف مشكل، وقد استشكله النووي أيضًا.

قوله قبيل الباب الثالث المعقود لمسائل العين والدين: ومنها الجنايات فإذا جنى عبد على حر خطأ وعفى المجني عليه ومات لم يكن العفو وصية لقاتل، لأن فائدته تعود إلى السيد، فإن أجاز الورثة فذاك وإلا نفذ في الثلث، وانفك ثلث العـبـد عــن تعلق أرش الجناية، وأشـار الإمـام إلى وجـه بـأنه لا ينفك كالمرهون، ثم قـال: هذا إذا لم يترك العافي سوى مـا يستحقـه من الدية، فإن ترك مالاً نظر، إن كـانت القيمـة أقل من الدية وكان ما تركـه ضعف القيـمة صح العفـو في جميع الـعبد، وإن كـان ما تركه دون ضـعف القيمـة ضمت

التركة إلي قيمة العبد وصح العفو في ثلث الجملة من العبد وإن كانت القيمة أكبر من الدية جمع بين التركة والدية، وصح العفو في ثلث الجملة من الدية. انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أنه إذا كان المتروك ضعف القيمة فإنه يصح العفو في جميع العبد بلا شك سواء كانت القيمة أقل من الدية أم لا فإدخال قدر القيمة في أصل التقسيم فاسد، بل صوابه أن يقول نظر إن كان المتروك ضعف القيمة فأكثر صح العفو في جميع العبد، وإن كان دون الضعف فإما أن تكون القيمة أقل فيضم ما تركه إلى قيمة العبد، وإما أن يكون أكثر فتجمع إلى آخره.

الأمر الثاني: أن تعبيره في آخر الكلام بقوله من الدية وقع أيضًا في «الروضة» وصوابه أن يقول من العبد كما ذكر في القسم الذي قبله، وقد صرح بذلك في «النهاية» مثاله قيمة العبد ثلاثون ألفاً والتركة خمسة آلاف، والأرش عشرة آلاف فمجموع التركة خمسة عشر ألفا فيصح العفو في ثلثه وذلك نصف الدية، وهو نصف العبد من نصف الدية، واعلم أن تقسيم الرافعي أيضًا غير حاصر بل يبقى قسم ثالث وهو أن تكون القيمة قدر الدية إلا أنه أهمله لأن الحكم لا يختلف بضمه إلى القيمة أو الدية لاستوائهما فإن ذلك إنما ذكر لبيان أنه هل يضم إلى هذا أو ذاك، وإنما يحتاج إلى هذا البيان عن اختلاف القدر.

قوله: في ما إذا أعتق عبدا لا يملك غيره فرع: مات العبد المعتق قبل موت السيد فهل يموت حراً أو رقيقا أم ثلثه حرا وثلثاه رقيقا فيه ثلاثة أوجه، وهو كالخلاف الذي أسلفناه في موت العبد الموهوب قبل موت الواهب المريض، قال الأستاذ أبو منصور: والمشهور في المذهب هو الوجه الأول

والثاني من تخريج ابن سريج. انتهى كلامه.

ومسألة الهبة التي أشار إليها ذكرها قب هذا بنحو كراس فقال: مسألة وهب المريض عبداً قيمته مائة فمات في يد المتهب ثم مات الواهب ولا مال له، فعن ابن سريج وجهان:

أحدهما: تصحيح الهبة في جميع العبد لأنه لم يبق شيء يورث عنه فتجعل هبته كهبة الصحيح.

وأصحهما: أنها باطلة لأنها في معنى ولا تثبت الوصية في جزء ما لم يثبت الأرش في جزءين، فإن قلنا بالبطلان ففي وجوب الضمان على المتهب وجهان، وجه الوجوب أنه قبض لنفسه وكانت يده كيد المستعير، والأشبه المنع، وليس كالمستعير فإنه قبض. انتهى كلامه.

وما نقله عن الأستاذ وأقره من كون المشهور هو الأول، وكذلك ترجيحه عدم الضمان علي الميت قد خالفهما معا في كتاب العتق في أول الخصيصة الثالثة وستقف عليه هناك.

قوله: المسألة الثانية أعتق المريض جارية قيمتها مائة ونكحها علي مهر مسمى فينظر إن تملك مالا أخر وكانت الجارية قدر الثلث بأن خلف شيئا سواها فإن لم يدخل بها فلا مهر لأنها لو إستحقت المهر للحق دين التركة، وإن دخل بها قال الشيخ أبو علي: تخير إن عفت عن مهرها عتقت وصح النكاح وإن لم تعف فلها ذلك لأنه أتلف منفعة بضعها وحينئذ يتبين أن جميعها لم يعتق وأن النكاح فاسد ولها مهر ما عتق منها. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على ما نقله عن الشيخ أبي علي وهو الصحيح إذا فرعنا على أن العبرة إنما هو بالمال الموجود عند الموت، فإن قلنا: الاعتبار بوقت الوصية، فلا يتجه فساد النكاح لأن استحقاق المهر ونقصان الثلث به طاريء على العتق.

قوله : قـبل أواخر الباب بأوراق قلائل: ولـو اكتسب العبـد المعتق الذي قيمته تسعون مـثل قيمته وقيل نصفها، وعلى السيد مثل قـيمة العبد دينا عتق منه شيء وتبـعه من الكسب شيء، ونصف يبـقى عند الورثة عبـدان ونصف عبـد إلا شيـئين ونصف شيء يسقط منه عبدا للديـن يبقى عبـد ونصف إلا شيئين ونصف يعدل صف ما عتق وهو شيـئلت فبعد الجر عبد ونصف يعدل أربعة أشياء ونصف شيء تبسطها أنصافا وتقلب الإسم فالعبد سبعة والشيء ثلاثة يعتق من الـعبد ثلاثة أتسـاعه، وينبعـه من الكسب ثلاثة أتساعـه يقضي الدين من الباقي ويبقى مع الورثة ضعف ما عتق. انتهى.

تابعه عليـه في «الروضة» وصوابه أن يقـول: ويتبعـه من الكسب أربعة أتساع ونصف.

الباب الثالث: في «الرجوع عن الوصية»

قوله: وإزالة الملك من الموصى به رجوع قال لأن الوصية تمليك عند الموت فإذا لم يبق في ملكه ما تنفذ الوصية فيه. انتهى كلامه.

وما ذكره من الجزم بكونه رجوعا صحيح فإن ذلك يدل على الإعراض عن الوصية، وأما العلة التي ذكرها فاسدة لأن من لا يملك شيئا أصلا تصح وصيته اعتماداً على ما سيملكه، وأيضًا فإنه إذا أوصى بعين لا يملكها ففي صحته خلاف، والراجح على ما قاله النووي الصحة حتى إذا أتلفها ثم مات نفذت الوصية فإذا كان عدم الملك ليس مانعا في الابتداء ففي الدوام زولى فلا يصح جعله مقتضيا للأبطال.

قوله: ولو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو فالصحيح المنصوص أنه رجوع لاحتمال إرادة الشريك بينهما كما لو قال: أوصيت به لكما، ثم قال: ولو أوصى به لأحدهما، ثم أوصى بنصفه للآخر،فإن قبلا فثلثاه للأول وثلثه للثاني، وإن رد الأول فنصفه للثاني وإن رد الثاني فكله للأول. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» أيضًا على قوله: فثلثاه للأول وثلثه للثاني، وهو غلط، بل الصواب أن للأول ثلث أرباعه وللثاني الربع، فإن النصف للأول وشركة مع الثاني في النصف الآخر فيكون بينهما نصفين عملا بالقاعدة التي تقدمت.

قوله: وأما مسألة التميز فعن ابن سريج في الشرى ثلاثة أوجه... إلى آخره.

هذه المسألة يأتي الكلام عليها في الأيمان .

قوله: ولم يذكروا خلافاً في ما إذا طبخ اللحم أو سواه أنه رجوع مع

صحة القول بأنه لحم مطبوخ. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على دعوى عدم الخلاف وليس كما قال ، بل فيه وجه أنه لا يكون رجوعا صرح به الروياني في «البحر» ونقله عنه ابن الرفعة في «الكفاية».

قوله: وإن أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود فهو رجوع لأن الزيادة الحاصلة لم تتناولها الوصية، وقد ذكرنا في البناء المستحدث في الدار وجها أنه يدخل في الوصية لزنه صار من الدار وذلك الوجه ما هذا أقرب منه في البناء، وإن لم يذكروه . انتهى كلامه.

وهذا الوجه الذي أشار إلى تخريجه وادعى أنهم لم يذكروه قد صرح بنقله ابن يونس شارح «التنبيه» وحذف النووي من «الروضة» ما داعاه الرافعي من عدم ذكره فسلم من الاعتراض.

الباب الرابع: في «الوصاية»

قوله: والوصاية مستحبة في رد المظالم وقضاء الديون وتنفيذ الوصايا وأمور الأطفال . انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما ذكره من التقييد بالأطفال قد تبعه عليه في «الروضة» وليس كذلك فقد صرح القاضي أبو الطيب وغيره بصحتها على المجنون وصرح مجلي في «الذخائر» بصحتها على السفيه الذي بلغ سفيها قياسا على الصبي.

الأمر الثاني: أن ما ذكره من الاستحباب في رد المظالم وقضاء الديون قد استدركه في «الروضة» عليه فيه فقال: هذا إذا كان قادرا عليها في الحال فإن كان عاجزاً عنها وجب عليه أن يوصي بهما، وفي ما قال نظر.

الأمر الثالث: أن الوصية بما عليه قد سبقت في أول كتاب الوصية، وفَصَّل بين أن يعلم به الغير أم لا، ووافقه عليه في «الروضة» .

وذلك التفصيل مخالف لكل من هذين الجوابين، وقد تقدم الكلام عليه هناك فراجعه.

قوله: ولا تجوز وصاية مسلم إلى ذمي ويجوز عكسه، وتجوز وصاية الذمي إلى الذمي على الأصح بشرط العدالة. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: إذا كان المسلم وصياً على ذمي وفوض إليه الموصي أن يوصي أيضاً عليه فالمتجه جواز إسناد الوصية عليه إلى ذمي مثله.

الأمر الثاني: أن الرافعي قد ذكر بعد هذا أنه يشترط في الوصي أن لا يكون عدواً للموصى عليه، وحينئذ فيشترط في الوصي الذمي أن يكون من

صلة الوصي عليه حتى لا تصح وصاية النصراني على اليهودي أو المجوسي لما بينهما من العداوة.

وقد توقف الرافعي في كـتاب النكاح في أن من ذكرناه هل يلي النكاح أم لا؟ فـيحـتمل جـريان ذلك التـوقف هنا، إلا أن الحق عـدم الولاية عند الاختيار لما ذكرناه، وقد أوضحناه هناك.

قوله: وكل ما اعتبر من الشروط ففي وقت إعتباره ثلاثة أوجه:

أصحها: تعتبر حالة الموت.

والثاني: عند الوصاية والموت جميعاً.

والثالث: يعتبر في الحالتين وفي ما بينهما . انتهى ملخصاً.

ومقتضى هذه الأوجه كلها أنه لا يكفي وجودها عند القول بالإتفاق وإن كان هو الوقت الذي ينصـرف فيه وسبـبه أن ولايته قـد دخلت بالموت فإنه وقت تسلط على القبول.

قوله: وأيضاً فإن الوصاية قريبة من الـتأمير ومن المشهور أن النبي ﷺ أمر زيداً وقال: إن أصيب زيد فجعفر وإن أصيب فعبد الله ابن رواحة[1] . انتهى.

وما قـاله في الأمراء المذكورين من التـرتيب المذكور قد ذكـر في الباب الأول من كتاب الوكالة ما يخالفه وسبق ذكر ما قاله فيه هناك، والمذكور هنا هو الصواب.

قـوله: وإذا نصب وصيـاً لذلك أي لقـضـاء الديون وتنفـيذ الوصـايا لم يتـمكن من إلزام الورثة تسلـيم التـركة لتـبـاع في الدين، بل لهم الإمـسـاك وقضـاء الدين من مالهم، ثـم قال: هذا إذا أطلق الوصـاية بقضاء الـدين فإن قال: ادفع هذا العـبد إليه عوضـاً عن دينه فينبغي أن لا يكون للورثة إمـساكه

(١) تقدم .

لأن في أعيان الأموال أغراضاً . انتهى كلامه.

وهذه المسألة التي يجب فيها الرافعي واقتضى كلامه عدم الوقوف على نقل فيها وتابعه عليه في «الروضة» أيضاً، قد صرح بنقلها الروياني في «البحر»، وصحح منهما ما قاله الرافعي من امتناع الإمساك.

قوله في المسألة: ولو قال: بعه واقض دينه من ثمنه، فيجوز أن لا يكون لهم الإمساك أيضاً لأنه قد لا يكون أطيب وأبعد عن الشبهات. انتهى كلامه.

وما ذكره الرافعي أيضاً بحثاً وتابعه عليه في «الروضة» قد صرح به البندنيجي في «تعليقه»، وجزم بالمنع على وفق ما بحثه ـ أعني: الرافعي ـ وذكر الروياني أيضاً المسألة في «البحر» وحكى فيها وجهين.

قوله: ولو اقتصر على قوله: أوصيت إليك في أمور أطفالي، وأقمتك مقامي في أمورهم، فثلاثة أوجه، المذهب منها على ما قاله في «التتمة» صحة الوصية وجواز التصرف. انتهى ملخصاً.

وما صححه صاحب «التتمة» هو الصحيح كذا صححه النووي في أصل «الروضة».

قوله: ولو أوصى إلى اثنين وتنازعا في الحفظ وكان مما يقسم، قسم بينهما، ثم إذا قسم وتنازعا في تعيين النصف المحفوظ فهل يقرع بينهما، أو يعين القاضي واحداً منهما؟ فيه وجهان. انتهى.

والأصح القرعة، كذا صححه النووي في «الروضة» ولم ينبه على أنه من «زياداته» بل ادخله في كلام الرافعي، فتفطن له.

قوله: وللوصي عزل نفسه متى شاء . انتهى.

قال في «الروضة»: إلا إذا غلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض أو غيره فلا يجوز له ذلك ويتعين عليه النظر فيه. انتهى.

وعلى هذا لو لم يكن قد قبل فهل يلزمه القبول؟

فيه نظر يحتمل أن يجب لقدرته على دفع الظالم بذلك ويحتمل خلافه.

قوله: وإن ادعى الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ لا يقبل بغير بينه على الصحيح وقيم الحاكم كالوصي . انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وهما ساكتان عن دعوى الأب والجد، وقد صرح ابن الرفعة بأنهما كالوصي في ذلك وهو مقتضى ما ذكره الشيخ في باب الحجر من «التنبيه» فإنه قال: وإن إدعى الولي أنه أنفق عليه ماله أو تلف فالقول قوله، وإن ادعى أنه دفعه إليه لم يقبل إلا ببينة. انتهى.

فتعبيره بالولي الشامل للأب والجد دليل عليه.

قوله: ولا يلزم الوصي الإشهاد في بيع مال اليتيم في الأصح. انتهى.

تابعه في «الروضة» على إطلاق عدم الوجوب ومحله إذا كان المبيع حالا، فإن كان مؤجلاً وجب الإشهاد فإن تركه ففي بطلان البيع وجهان كذا ذكره من «زوائده» في آخر الباب الأول من أبواب الرهن.

قوله: ولو أوصى إلى الله تعالى وإلى زيد فقياس ما سبق في ما إذا أوصى لله تعالى ولزيد ـ أي: في المال ـ فجيء وجهين:

أحدهما: أن الوصاية إلى زيد.

والثاني: إلى زيد والحاكم . انتهى كلامه.

والمذكور هنا وهو قبيل الكلام على الأحكام المعنوية حاصله تصحيح الاشتراك هاهنا والتخريج المذكور غير مستقيم لأن الوصية بالمال لله ـ عز وجل ـ وصية صحيحة ومصرفها وجوه البر والقربان فإذا أشرك بين ذلك وبين جهة أخرى صح القول بالتصنيف، وأما الوصاية بالأطفال إلى الله ـ عز وجل ـ فليست لها جهة صحيحة فتعين إرادة التفويض إلى الله ـ تعالى والتبرك به.

نعم ذكـر الرافـعي في أخر الركن الـثاني من أركـان الطلاق نقـلا عن البوشنجي أنه لو قـال لرجل: أمر زوجتي بيـد الله وبيدك، سئل فـإن قال: أردت أنه لا يستـقل بالطلاق، قبل قوله ولـم يكن له أن يطلق، وإن قال: أردت أن الأمور كلها بيد الله - عز وجل - والـذي كتبه الله لي أي جعله لي قد جـعلته لزيد، قبل واسـتقل ذلك الرجل، هذا كلامـه، وحينئذ فـينبغي وجوب اسـتفساره قـبل الموت، فإن تعذر فـفيه نظر، وكـذلك لم يذكر في الوصية والقياس حمله على التصحيح.

كتاب الوديعة

قوله: ولو كان يعجز عن حفظ الوديعة حرم عليه قبولها. انتهى.

تابعه في «الروضة» على إطلاق التحريم وقيده في «الكفاية» بما إذا لم يعلم المالك بحاله فإن علم فلا تحريم، والذي قاله ظاهر.

قوله: ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك هذا، فقطع الروياني في «الحلية» بالجواز، والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة. انتهى كلامه.

وهذا الذي نقله عن «حلية» الروياني قد جزم بمثله في «البحر» أيضاً، وما ذكره الرافعي من تخريجه علي تعليق الوكالة وتبعه عليه في «الروضة» فيه التباس؛ لأن التصرف في الوكالة المعلقة صحيح على الصحيح ويسقط المسمى عليه الصحيح وتجب أجرة المثل، وإن قلنا بفسادها والوديعة لا عوض فيها وحفظها هو نظير التصرف هناك لأنه المقصود في الموضعين والتصرف صحيح فكذلك الحفظ، فتفطن له.

قوله: إذا أودعه في قرية فنقل الوديعة إلى قرية أخرى نظر إن كان بينهما مسافة يسمى الضرب فيها سفراً ضمن بالسفر بها وبعضهم لا يقيد، ويقول: إن كان بينهما مسافة ضمن، كأنه يجعل مطلق المسافة مصححا اسم السفر، وظاهر الكتاب يوافق هذا، إلا أنه أراد الأول على ما قيده في «الوسيط» وهو الظاهر، وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني وغيره وجهان: أنها إذا كانت المسافة دون القصر وكانت آمنة والقرية المنقول إليها أحرز لم يضمن، وهذا يصير إلى أن المسافر بالوديعة يضمن بشرط طول السفر وهو بعيد، ثم قال: وإن كانت المسافة بحيث لا تصحح اسم السفر فإن كان فيها خوف ضمن وإلا فلا على أظهر الوجهين. انتهى.

واعلم أن الغزالي عَبَّر في «الوسيط» بقوله: وبينهما مسافة تسمى سفراً، وفي «الوجيز» بقوله : إن كـان بينهما مسافة ضمن بالسـفر، وتعليله بالسفر يبين أنه أراد مـوافـقتـه لما في «الوسـيط» أيضـاً، وهو واضح وقـد بين في «البسيط» أن المسـمى بالسفر عند الإطلاق إنما هو الطويل، فقـال: فإن كان بينهما مسافة القصر، فيطلق عليها اسم السفر فيضمن به ؛ وإن كان دونه لم يضمن؛ هذا لفظه في «البسـيط» وذكر في «النهاية» قريباً منه فـإنه قال: فإن كانت مسافة القصر فنقلها مسافر . . إلى آخره.

إذا علمت ذلك علمت أن ما فهمه الرافـعي من أن مراد الغزالي بالسفر ما دون مسافة القصر ليس كذلك وظهر لك أيضاً الاعتراض عليه في مغايرته بين كلام «الوسيط» و«الوجيز».

قوله: الثـالث: في أسبـاب الضمـان، ترك الإيصاء بالمرض، فـإذا مرض المودع عنده مرضاً مخوفاً أو حبس ليـقتل لزمه أن يوصي بها فإن سكت عنها ضمن لأنه عرضـها للفوات إذ الوارث يعتـمد ظاهرا اليد ثم قال: والتقـصير إنما يتحـقق بترك الوصاية إلـى الموت فلا يحصل التـقصيـر إلا إذا مات لكن تبـينا عند الموت أنه كـان مـقـصراً مـن أول المرض وضمـناه أو يكون التلف الحاصل بعد الموت ملحقاً بالتردي في بئر حفرها متعديا. انتهى.

وهذا البحث الذي أثاره الرافعي في معنى ضمانها يجب منهم إلا أن ما ذكره في معنى الضمان وتأويله بما ذكره ليس كذلك، بل مجرد المرض يصير ضامنا إذا لم يوص حتى لو تلفت في مـرضه أو بعد صحته وجب ضـمانها هذا مدلول مـا ذكروه تصريحاً وتلويحـاً، وهو ظاهر منقاس كسائـر أسباب التقصير، ولم يذكر في «الروضة» هذا الكلام بالكلية.

قوله: في «الروضة»: والمراد بالوصية الإعـلام والأمر بالرد مع بقائها في يده . انتهى كلامه.

وهو مـوهم أو ظاهر في عدم وجـوب الإشـهاد عند إيصـاء الوارث أو غيره، وليس كذلك، بل لا بد منه كما صرح به الغزالي وغيره وجزم به في «الكفـاية»، والغـريب أن الرافـعي أيضـاً قـد نقله عنه، ولكن حـذفـه من «الروضة».

قوله: فرع: قال الإمام: إذا لم يوص المريض بالوديعة فادعى صاحبها أنه قصـر، وقالت الورثة: لعلـها تلفت قبـل أن ينسب التقـصير، فـالظاهر براءة الذمة . انتهى كلامه.

وما نقله عن الإمام في هذا التصوير غلط تبعه عليه في «الروضة»، فإن الإمام ذكـر صورتين الأولى إذا أثبت الإيداع فادعت التـلف، وقالت: لعله إنما لم يوص بهـا لأجل أنهـا تلفت عن حكم الأمـانة، فـفيـه تردد وعـدم الضمان أولى.

ثم قال ما نصه: وإن قالوا غـرمنا الإيداع ولكن لم ندر كيف كان الأمر ونحن نجـوز أن تكون الوديعـة تلفت علـى حكم الأمـانة فلم يوص لأجل ذلك، فإن ضمناهم في المسألة السابقة وهي ما إذا جزموا بدعوى التلف فها هنا أولى، وإن لم يضمنهم هناك فها هنا وجهان.

أحدهما: يجب، لأنهم لم يدعوا مسقطا، وهذا هو الأصح.

والثاني: لا، لأن الأصل في الوديعة هي الأمانة. انتهى.

وحـاصله أن الصـحيح عـند الإمام في الـصورة المذكـورة في الرافـعي و«الروضة» على خلاف مـا نقلاه فيها عنه ، وسـببه أنه قد اشتبـهت عليها المسألة الثانية بالأولى، فلله الحمد على الإلهام لذلك.

قوله: وإذا خلط الوديعة بمال نفـسه وفقد التمييـز ضمن وإن خلطها بمال آخر للمـالك ضمن أيضـاً على الأصح، لأنه جناية ولو أودعه دراهـم فأنفق منها درهمـا ثم رد مثله إلى مـوضعـه لا يبرأ من ضمـانه ولا يملكه المالك إلا

بالدفع إليه، ثم إن كان المردود غير متميز عن الباقي صار الجميع مضموناً لخلط الوديعة بمال نفسه فإن تميز فالباقي غير مضمون.. إلى آخره.

اعلم أن الرافعي قد ذكر في الغصب في الكلام على خلط الحنطة والزيت ونحوهما بمثلهما أن الذي لا يتميز إهلاك حتى ينتقل ذلك المال إليه ويلزمه مثله أو قيمته حتى اقتضى كلامه هناك ما هو أبلغ من هذا وهو أنه إذا تعدى بخلط مالين كل منهما لغيره فإنه يملكها ويترتب في ذمته الغرم، وكلامه في هذا الباب مخالف لذلك كله، وكذا كلامه في آخر القراض.

قوله: فإن أودعه الخاتم ولم يقل شيئاً فجعله في غير الخنصر لم يضمن، وإن جعله في الخنصر ففيه احتمالان عن القاضي حسين وغيره:

أحدهما: يضمن لأنه استعمال .

والثاني: أنه إن قصد الحفظ لم يضمن وإن قصد الاستعمال ضمن، وفي «الرقم»: أنه إن جعل فصه في ظهر الكف ضمن لدلالته على قصد الاستعمال، وإلا لم يضمن، لكن من آداب التختم أن يجعل الفص إلى بطن الكف وأنه يقدح في هذا الاستدلال، وغير الخنصر في حق المرأة بمثابة الخنصر . انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره الرافعي في آخر كلامه من استحباب جعل الفص لباطن الكف قد أسقطه من «الروضة»، وقد رجح من «زوائده» الضمان مطلقاً إلا إذا قصد الحفظ، وسوف أتكلم أيضاً على شيء من هذه المسألة في كتاب الأيمان.

الأمر الثاني: أنه سكت عن حكم الخنثى إذا لبس في غير الخنصر فيحتمل أن يلتحق بالرجل لأن الأصل عدم الضمان، ويحتمل مراعاة الأغلظ هنا وهو التحاقه بالمرأة، كما غلظنا في إيجاب الزكاة فألحقناه

بالرجل.

قوله: ولو سرق الوديعة من أجيرها أو من أجيره ضمن ولو تلفت بسبب آخر لم يضمن.

ذكره أبو الفرج الزاز، ثم قال : وزاد العبادي على هذا فقال: لو أن رجلاً من عرض الناس سأل المودع هل عندك لفلان وديعة وأخـبره بها ضمنها لأن كتمانها من حفظها. انتهى.

عُـرض: بضم العين وسكون الراء المهـملتين وبالضـاد المعجـمة، قـال الجوهري: تقول: رأيته في عُرض الناس أي في ما بينهم، وفلان من عُرض الناس، أي: من العامة. انتهى. والمذكور هنا مأخوذ من المعنى الثاني.

قـوله: ولأنهم قالـوا: انتفع بوديعـة ثم ادعى غلطاً وقـال: ظننتـه ملكي، يصدق مع أنه احتمال قريب فدل على أن الغلط لا يدفع الضمان . انتهى.

وما اسـتدل به على كون الغلط غـير رافع للضـمان قد تابعـه عليه في «الروضة»، وهو عـجيب، فإنه يدل على أن الغلط رافع للضـمان لأنهم إنما تصديقه فدل علـى أنه لا ضمان عليه خاله التصديق، نـعم صرح القفال في «فتاويه» بما يوهم الرافـعي أنه مقتضي كلامهم فقـال ما نصه: لو لبس ثوب الوديعـة على ظن أن ذلك ثوبه، ثـم بان أن ذلك كـان وديعة فـإن يصـير مضموناً في يده كما لو تعمد هذا لفظه، وعجب من الرافعي في ذهوله عن ذلك.

قوله: ولو أنكر وديعـة ادعيت عليه صُـدِّق، فلو أقام المدعي بينة بالإيداع أو اعترف بها المدعى عليه فطولب بها فادعى ردها أو تلفها، نظر فإن كان قد أنكر أصل الإيداع لم تقبل دعواه الرد لتناقض كلامـه وظهور جنايته، ثم قال ما نـصه: وإن كانـت صيغـة جحـوده لا يلزمني تسليم شيء إليك أو مـالك عندي وديعة أو شيء، صـدق في دعوى الرد والتلف لأنها لا تناقض كـلامه

الأول .انتهى كلامه.

تبعه عليه في «الروضة» هنا وهو يقتضي أن المودع عنده يكفيه في جواب الدعوى أن يقول: لا يلزمني تسليم شيء إليك، وليس كذلك فإن المودع عنده لا يلزمه التسليم العين وإنما عليه التخلية بينهما وبين المودع وقد نبه النووي على هذا الاعتراض في آخر كتاب الدعوى قُبيل باب دعوى النسب وإلحاق القائف، فإن الرافعي نقل عن العبادي أنه لا يكفي ولم ينقل ما يخالفه، ثم قال: وهذا يخالف ما تقدم في الوديعة فأما إن خلاف أو تأول ما أطلقوه فصوب النووي الثاني وهو التأويل.

قوله: ولو أخر بعذر من هذه الأعذار أي كالحمام والمطر والأكل فتلفت الوديعة في تلك الحالة فقال في «التتمة»: لا يضمن،وهو قضية إيراد «التهذيب» ولفظ الغزالي في «الوسيط» يشعر بتفصيل وهو: أنه إن كان التأخير لتعذر الوصول إلى وديعة فلا ضمان، وإن كان لعسر يلحقه أو غرض يفوته ضمن انتهى.

قال في «الروضة»: الراجح أنه لا يضمن مطلقا، قال: وبه صرح الكثيرون.

قوله: ولو قال له: ردها على فلان وكيلي، فطلب الوكيل فلم يرد فهو كما لو طلب المالك فلم يرد لكن له التأخير ليشهد المدفوع إليه على القبض، وإن لم يطلب الوكيل فإن لم يتمكن من الرد لم تصر مضمونة وإلا فوجهان، لأنه لما أمره بالدفع إلى وكيل عزله فيصير ما في يده كالأمانة الشرعية مثل الثوب تطيره الريح إلى داره، وفيها وجهان:

أحدهما: تمتد إلى المطالبة.

وأصحهما: تنتهي بالتمكن من الرد.

قال ابن كج: ويجري الوجهان في من وجد ضالة وهو يعرف مالكها .

انتهى كلامه.

وقد تلخص منه أنها بعد الأمر تصير مضمونة بالتمكن من الرد، وإن لم يصالبه الوكيل حتى يلزمه أيضاً مؤنة الرد، لكن قد تقدم من كلامه أن المالك نفسه لو طلب الوديعة لم يجب حملها إليه، بل الواجب تمكينه منها خاصة فبطريق الأولى ما يجيء فيه ولو فصلوا في مسألتنا بين أن يعرف الوكيل بذلك فيجب على المودع التمكين خاصة كما سبق أم لا فيجب عليه إعلامه لكان قريبا أو يفصل بين أن يجيب المودع عنده إلى ما سأله المودع بأن قال: نعم، ونحوه فيضمن وبين أن لا يجيب، بل يسكت فلا ضمان كما لو قال: احفظ متاعي، فقام وتركه.

قوله: وقول الغزالي: جاز بشرط سلامة العاقبة.. لفظ يكثر استعماله له في مثل هذا المقام وليس المراد اشتراط السلامة في نفس الجواز إذا لم يسلم الوديعة تبين عدم الجواز، وكيف والسلامة أو عدمها تتبين أخيرا ونحن نجوز له التأخير في الحال، ولكن المراد أنا نجوز له التأخير ويشترط عليه التزام حظر الضمان. انتهى.

وما ذكره بحثاً قوي لكن تأويل كلامهم عليه حمل للفظ على ما لا يحتمله، ومخالف لما صرحوا به، فقد عَلّل الغزالي الحكم بعصيان مَنْ مات قبل الحج بهذا المعنى فقال: لأنه جوز له التأخير بشرط سلامة العاقبة، وتبعه هو والنووي عليه في باب مواقيت الصلاة في الكلام على ما إذا مات في أثناء الوقت، وقد أوضحته هناك فراجعه.

قوله: ولو طالبه الوارث بالوديعة فقال: تلفت في يدي قبل تمكني من الرد، فهل المصدق الوارث كدعوي الرد أم المودع لأن الأصل البراءة؟ فيه وجهان. انتهى.

والراجح عدم الضمان، فقد رجحه الرافعي بعد هذا لكن في مسألة ما

إذا مات المودع عنده وادعى وارثه ذلك ولا فرق بين تلك وبين مسألتنا.

ورجحه في مسألتنا أيضاً النووي من «زياداته» فقال: ينبغي بأن يكون هو الأصح.

قوله: في يده مال فجاء رجلان فادعى كل واحد أنه أودعه إياه فأقر به لأحدهما بعينه ففي تحليفه للآخر الخلاف في ما إذا أقر بشيء لزيد، ثم أقر به لعمرو هل يغرم لعمرو؟

وإن قلنا: لا، فلا يحلف.

وإن قلنا: نعم، عرضت اليمين عليه، فإن حلف سقطت دعوى الآخر وإن نكل حلف الآخر وحينئذ فهل يوقف المال بينهما إلى أن يصطلحوا أم يقسم بينهما كما لو أقر لهما أم يغرم المدعى عليه القيمة؟ فيه ثلاثة أوجه، قال ابن الصباغ: المذهب هو الثالث. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» والأصح هو الوجه الأخير كذا صححه في باب الاقرار وزاد على ذلك فصحح طريقة القطع به، ولم يستوف الخلاف المذكور هنا، وإنما حكى وجها آخر أن العين تنزع من الأول وتسلم للثاني ولا يغرم الأول شيئاً.

قوله: عن بعضهم لو أودعه قبالة وقال: لا تدفعها إلى زيد حتى يعطيك ديناراً، فدفعها إليه قبل أن يعطيه فعليه قيمة القبالة مكتوبة الكاعد وأجرة الوراق. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وفيه أمران:

أحدهما: أنه لابد من اعتبار أجرة الشهود سواء كتبوا رسم شهادتهم أم لا وقد أهمله.

الأمر الثاني: أن اعتبار قيمة الكاغد مكتوباً مع أجرة الوراق عجيب لا وجه له، بل الصواب قيمته أبيض فتأمله.

وذكر ابن الصلاح عبارة سالمة عن هذين الاعـتراضين فقال ما حاصله: إن الواجب عليه ما يغرم الشخص على تحصيلها في العادة.

وقـد بسطت هذه المسـألة في باب الغـصب في كـتـابنا المسـمى «طراز المحافل» فتلطب منه.

كتاب قسم الفيء والغنيمة

وفيه بابان:

الباب الأول: في الفيء

قوله: المال المأخوذ من الكفار ينقسم إلى ما يحصل بغير قتال وإيجاف خيل وركاب، وإلى حاصل بذلك ،ويسمى الأول: فيئاً ، والثاني: غنيمة. انتهى.

والتقييد بالمال ذكره أيضاً في «المحرر» وغيره وتابعه عليه النووي ويرد على هذا التعبير ما ليس بمال كالكلاب والخمر المحترمة وما ينتفع به من النجاسات فسيأتي في أثناء الباب أنه غنيمة يجري عليه أحكامها.

وقد تقدم هذا الاعتراض مبسوطاً في باب الغصب فراجعه.

قوله: وينصب لكل قبيلة أو عدد يراه عريضاً... إلى آخره.

لم يبين هل نصبه واجب أو مستحب، وقد نبه في «الروضة» عليه.

قوله: ويعطي كل واحد من المرتزقة قدر حاجته وحاجة عبده ولا يعطي إلا لعبد واحد وكان هذا في عبيد الخدمة، فأما الذين تتعلق بهم مصلحة الجهاد فينبغي أن يعطى لهم كم كانوا. انتهى كلامه.

وما ذكره بحثا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وقد صرح به الإمام في «النهاية» وحكى فيه وجهين فقال: ذهب بعضهم إلى وجوب القيام بمؤنتهم وهو الصحيح، ومنهم من قال: ليس له أن يتخذ عبيداً للقيام به، ولكن للإمام إن رأى اقتراح ذلك ابتداء على المرتزق فعل ما استقر رأيه عليه وفي المسألة احتمال، هذا كلامه، وعبارة «الروضة» توهم الاتفاق على استثنائه

فإنه عبر بقوله: كذا هو منقول، ثم قال: وإنما يقتصر في عبيد الخدمة على واحد.

قوله: وكان في قريش حلْفَان قبل المبعث، والحلف: العهد والبيعة، أحدهما: أنه وقع تنازع بين بنِي عبد مناف وبني عبد الدار في ما كان إلى قصى من الحجابة والسقاية والرفادة واللواء، فتبع عبد مناف وعبد الدار ولدان لقصي وكان لهما أخ ثالث وهو عبد العزى.

وأما الحجابة فالمراد بها حجابة الكعبة وهي ولاية فتحها وغلقها وخدمتها ويعبد عن ذلك بالسدانة أيضاً ـ وهو بكسر السين المهملة ـ وأما السقاية: فهو القيام بتهيئة الماء من زمزم وطرح الزبيب فيه لسقي الحاج.

وأما الرفادة: بكسر الراء: فهو مال كانت قريش في الجاهلية تجمعه في ما بينهم على قدر طاقة كل منهم فيشترون به الطعام والزبيب لإطعام الحاج وسقيهم مأخوذ من الرفد وهو الإعانة.

قوله: ومتى استوى اثنان في القرب قُدِّمَ أسنهما، فإن استويا في السِّن فأقدمهما إسلاماً وهجرة، وقد أطلقوا هنا تقديم النسب على السن بخلاف المرجح في إمام الصلاة فلتتأمل في الفرق. انتهى ملخصاً.

فيه أمران:

أحدهما: أن الفرق بين هذا وبين الصلاة أن دعاء الاثنين أقرب إلى الإجابة، فقدم كذلك الثاني أنه قد تقدم هناك أن العبرة في السن إنما هو بالذي مضى في الإسلام، حتى يقدم الشباب الذي ولد في الإسلام على الشيخ الذي أسلم عن قرب، والكلام المذكور عينا يقتضي خلافه، ولأجل هذا فإن النووي حكى في «الروضة» من «زياداته» عن الماوردي عكسه فقال: قد عكس أقضى القضاة الماوردي هذا فقال في «الأحكام السلطانية»: التقديم بالسابقة في الإسلام، فإن تقاربا فيه قدم بالدين، فإن تقاربا فيه قدم بالسن،

فإن تقاربا فيه قدم بالشجاعة، فإن تقاربا فيه فولى الأمر بالخيار بين أن يرتبهم بالقرعة أو برأيه واجتهاده، وهذا الذي قاله هو المختار، هذا كلام «الروضة».

قوله: الثاني: أنَّا قدمنا في صفة الأئمة في الصلاة عن إمام الحرمين أن الظاهر رعاية كل سبب يعتبر في الكفاءة في النكاح، وسنذكر ـ إن شاء الله تعالى ـ أن نسب العجم مرعي في الكفاءة على خلاف فيه فليكن كذلك. انتهى.

وما ذكره الرافعي ـ رحمه الله ـ قد أشار إليه الماوردي فقال: إن كانوا عجماً لا يجتمعون على نسب جميعهم بالأجناس كالترك والهند وبالبلدان، ثم إن كانت لهم سابقة في الإسلام يرتبوا عليها، وإلا فبالقرب من ولي الأمر، فإن تساووا فبالسبق إلى طاعته.

قوله: وإنما يثبت في الديوان الرجال المكلفين المستعدين للغزو. انتهى.

ترك من الشروط الإسلام وقد نَبَّه عليه في «الروضة»، ونقل عن الماوردي أموراً أخرى حسنة فقال: وذكر الماوردي في «الأحكام السلطانية» شرطا آخر وهو أن يكون فيه إقدام علي القتال ومعرفته به، فإن اختل ذلك لم يجز إثباته لعجزه عما هو مرصد له.

قال: ولا يجوز إثبات الأقطع ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارسا، وإن كان راجلاً فلا، ويجوز إثبات الأخرس والأصم.

قال: فإذا كتبه في الديوان، فإن كان مشهور الاسم لم يحسن تحليته وإن كان مغموراً وصف وحلى فيذكر سنه وقده ولونه وحلى وجهه بحيث يتميز من غيره، والله أعلم.

المغمور بالغين المعجمة والراء المهملة: من ليس بمشهور؛ قاله ابن الأثير في «النهاية».

وقال الجوهري: يقال: غمره القوم، إذا علوه في الشرف، ثم قال: والغمرة: الزحمة من الناس، يقول: دخلت في غمار الناس ـ بفتح الغين وضمها ـ أي زحمهم.

قوله: وإذا مات واحد من المرتزقة ففي زوجته وأولاده قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما على ما ذكره في الكتاب أنهم يرزقون. انتهى.

والذي صححه الغزالي هو الصحيح فهو صححه الرافعي في «الشرح الصغير» و«المحرر»، وصححه أيضاً النووي في أصل «الروضة».

قوله: وإن ولى الذمة جناية نوع خاص من الفيء، فإن لم يستغن فيها عن الاستثناء به لم يجز، وإن استغنى فإن كانت جناية من أهل الذمة جاز، وإن كان من المسلمين فوجهان. انتهى.

والأصح من الوجهين هو المنع، كذا صححه في «الروضة» من «زياداته».

الباب الثاني: في قسمة الغنائم

قوله: وإن كان الذي يرضخ له فارسًا فهل يجوز أن يبلغ به سهم راجل؟ فيه وجهان، بناء على أنه هل يجوز أن يبلغ سهم الحر إلى حد العبيد؟ انتهى.

تابعه في «الروضة» على هذا البناء وعبر بقوله: فوجهان بناء على كذا، ومقتضاه تصحيح بلوغ سهم الراجل، لأن الصحيح أنه يجوز أن يبلغ بتعزير الحر إلى حد العبد، لكن في «المحرر» و«المنهاج» و«الحاوي الصغير» الجزم بأنه لا يبلغ بالرضخ سهم راجل من غير تفصيل بين الفارس وغيره.

قوله: لما روى أن النبي ﷺ أعطي سلب مرحب يوم خيبر من قتله[١].

وعن أبي قتادة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر فرأيت رجلاً من المشركين علا رجلا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه ضربة فأقبل علي فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت، ثم أدركه الموت فأرسلني إلى أن قال: فقال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلا علمه بينة فله سلبه»، فقمت فاقتصصت عليه القصة فقال رجل: صدق يا رسول الله، وسلب ذلك القتيل عندي، فقال رسول الله ﷺ: «فأعطه إياه»، فأعطانيه فاتبعت به محرماً في بني سلمة، فإنه لأول مال ثالثته في الإسلام[٢]. انتهى.

مرحب: بحاء مهملة مفتوحة ثم باء موحدة، وهو مفعل من الرحب بمعنى: السعة.

وحبل العاتق: هو العصب الذي فيه.

والحبل: بحاء مهملة مفتوحة ثم باء موحدة ساكنة.

---

(١) أخرجه ابن حبان (٦٩٣٥)، والحاكم (٤٣٤٣)، وأبو يعلى (١٨٦١)، والبيهقي في الكبرى (٨٦٠٠)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٤٢ / ٩٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٩٧٣)، ومسلم (١٧٥١).

والعاتق: موضع الرداء من المنكب يذكر ويؤنث.

والمخرف: بميم مفتوحة وخاء معجمة ساكنة ثم راء مهملة بعدها .فاء: هو البستان من النخل، مأخوذ من الخرف بفتح الخاء وهو القطع لأن الرطب والتمر يقطعان منه.

والمخرفة: بزيادة تاء اسم للبستان أيضاً كما قاله الجوهري.

والمخرف: بكسر الميم هو : ما تجنى فيه الثمار، ومنه الخريف الفصل المعروف لكون الثمار تقطع فيه. وقوله: سلمة هو: بكسر اللام، والتأثل بتاء مثناه من فوق بعدها همزة وثاء مثلثة هو: إيجاد أصل مال.

قوله: لم يعط ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ سلب أبي جهل لأنه كان قد أثخنه فتيان من الأنصار، وهما معاذ ومعوذ ابنا عفراء. انتهى.

أثخنه: بالثاء المثلثة والخاء المعجمة، أي: أضعفه بالجراحة.

وأما معوذ: فبعين مفتوحة وواو مشدودة مكسورة.

وعفراء: بعين مفتوحة مهملة تأنيث الأعفر وهو الأبيض الذي ببياضه حمرة.

قوله: في «الروضة» والمذهب أن العبد والمرأة والصبي يستحقون السلب، ولا يستحقه الذمي على المذهب. انتهى كلامه.

وهو يقتضي أن الرافعي حكى في المرأة والصبي طريقين أيضاً، وليس كذلك بل لم يحك فيهما إلا طريقة واحدة وهي طريقة الخلاف فقال: وجهان، ويقال : قولان، ثم إن الرافعي لم يصرح بتصحيح في هذه المسائل كلها، بل نقلها من غيره، فأما الذمي فنقل اختيار المنع فيه عن الغزالي، وأما الصبي والمرأة فنقل اختيار الاستحقاق فيهما عن الروياني، وأما العبد فنقله عن العبادي وكلامه أيضاً يقتضي أن المشهور مساواة الذمي والعبد والمرأة والصبي على خلاف ما في «الروضة» وصرح به في «الشرح الصغير»

فقال: وفي الذمي طريقان:

أظهرهما: طرد الخلاف،

والثاني: القطع بالمنع ولم يتعرض في «المحرر» لهذه المسائل.

قوله: وأما السلب فهو ما عليه من ثياب البدن مع الخف والرانين وكذا الهميان وما فيه من دراهم النفقة في أصح القولين و الجنيبة التي تقاد بين يديه قيل ليست من السلب قطعاً، والأظهر طرد لخلاف.

قال: وذكر أبو الفرج الزاز أَنَّا إذا جعلنا الجنيبة من السلب لم يستحق إلا واحدة فعلى هذا فينبغي النظر في ما إذا كان نقود جنبين فصاعدا في أن السلب أنهما أيرجع فيه إلى تعيين الإمام أم يقرع . انتهى كلامه.

وما نقله عن الزاز وهو السرخسي واقتصر عليه غريب فقد جزم أيضاً الإمام بالاقتصار على الواحدة، وذكر هذين الاحتمالين اللذين أراهما الرافعي بحثا وأشعر كلامه بعدم الوقوف عليها ولم يرجح منها شيئاً، ثم رجح أعني الإمام أولهما وهو تعيين الإمام، إلا أنه أبدى معهما احتمالاً ثالثاً وهو تخيير القاتل فقال: لو كان معه فرسان فالخلاف في واحد منهما وحينئذ فقد يحظر للفقيه فيه القرعة، ويجوز أن يقال: هذا راجع إلى الوالي، فينظر إلى الحال، والشخص والعناء أي: النفع، وهذا أوجه من القرعة، وقد يحظر للفقيه تخيير القاتل، فإن مبنى استحقاقه السلب على الاختصاص لما أبلاه من البلاء وأبداه من العناء . انتهى. موضح الحاجة من كلامه.

ولم يطلع النووي أيضاً في هذه المسألة إلا على ما اطلع عليه الرافعي خاصة فقال ما نصه: تخصيص أبي الفرج بجنيبه فيه نظر، وإذا قيل به فينبغي أن يختار القاتل جنيبة منها لأن كل واحدة جنيبة قتيله فهذا هو المختار.

بل الصواب بخلاف ما أبداه الرافعي والله أعلم.

والذي اختاره النووي اتفاقاً من غير إطلاعه علي تقدم غيره إليه واضح متعين لأن الزيادة إن لم تكن نافعة له فلا ينبغي أن تكون ضارة له وإنما عرف الرافعي بأنها التي تقاد بين يديه تميزاً لها عن الحقيبة بالحاء والقاف وهي وعاء القماش، فإنه ذكرها بعد ذلك فميزها بالصفة المعروفة عند العرب وهي قودها أمام صاحبها، ومن ذلك قول العرب جاء الأمير تقاد الجنائب بين يديه بخلاف الترك وغيرهم من الأعاجم، وقد ظن صاحب «الحاوي الصغير» أن هذه الصفة للاحتراز عن الجنيبة التي تقاد خلفه كما هو المعهود الأن فقيده بذلك فقال وجنيبة أمامه وهو غير مستقيم، وتعليل المسألة وهو الاستعانة بها .

واعلم أن الرانين بالراء المهملة وبالنون فهو خف يلبس للساق خاصة ليس له قدم، وقد تقدم إيضاحه في زكاة النقدين فراجعه.

والهميان: وعاء الدراهم بكسر الهاء وهو فارسي معرب قاله الجوهري.

قوله: ولا تكره قسمة الغنائم في دار الحرب.

هذه العبارة ناقصة كما قاله في «الروضة».

قال : فالصواب أن تستحب قسمتها في دار الحرب كما قاله أصحابنا، بل قد ذكر صاحب «المهذب» وغيره أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر، هذا كلامه.

ونص الشافعي في «الأم» على ما يوافق هذا فقال: والسنة أن يقسم الإمام معجلاً فلا يؤخر قسمته إذا أمكنته في الموضع الذي غنم فيه. انتهى.

وذكر البغوي في «التهذيب» والماوردي في «الحاوي» أنه يجب التعجيل ولا يجوز التأخير وكلام الرافعي يمكن دعوى ذلك فيه لحمل الشبه في كلامه على الطريقة.

قوله: كذا ذكره البغوي وقياسه أن يقال في من حضر قبل انقضاء

القتال: لا حق له، في «المحرر»: قبل حضوره، وكذا نقله أبو الفرج الزاز عن بعض الأصحاب وإن كنا أطلقناه في الصورة السابقة. انتهى.

قال في «الروضة»: هذا الذي نقله أبو الفرج متعين، وكلام من أطلقه مجهول عليه.

قوله: ومن هرب ثم ادعى أنه كان متحرفاً أو متحيزاً قال الغزالي: يصدق بيمينه.

وقال البغوي: إن لم يعد قبل إنقضاء القتال لم يصدق. انتهى.

لم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً.

قال في «الروضة»: وما قاله البغوي أرجح.

قوله: ولو سرق فرسه أو عار إلى أخره.

عار بالعين والراء المهملتين معناه تقرب.

قوله: ولو حضر القتال ثم مات في أثنائه أو مرض مرضاً لا يرجى زواله كالزمانة والعمى والفالج ففي بطلان حقه قولان أو جهان صحح صاحب «التهذيب» وغيره أنه لا يبطل، وكلام الغزالي مشعر برجحان البطلان، وهو الذي أوده ابن كج، ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال قبل إنجلاء القتال. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن الأصح بقاء حقه كذا صححه النووي في «أصل الروضة» وكلام «الشرح الصغير» مشعر به أيضاً.

الثاني: أن ما نقله عن بعض أصحاب الإمام هو مصرح به في «النهاية» فإنه قال: وأما ما ذكره الأصحاب من أن المريض إذا كان يرجى زواله فما المراد بهذا إلا ليعلم المسترشد أن المراد برجاء الزوال توقع الزوال في أثناء

القتال، وتقدير الكلام توقع كأنه لم يكن، وما أراد الأصحاب توقع الزوال بعد انقضاء القتال حتى لو كان لا يتوقع زواله إلا بعد أيام فهو في حال المرض المزمن هذا لفظ الإمام.

قال: فإن تعددت الإجارة عدة معينة كما إذا استأجر لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهراً فخرج به وشهد الوقعة فنقل جماعة منهم المصنف وصاحب «التهذيب» أنه إن لم يقاتل لم يستحق السهم، وإن قاتل فثلاثة أقوال، وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فصل بين أن يقاتل أو لا يقاتل، وكذلك أطلقها الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر» أظهرها أن له السهم بشهود الوقعة. انتهى كلامه.

ذكر نحوه في «الشرح الصغير» وفي «الروضة» أيضاً وفيه أمران:

أحدهما: أنه ليس فيه تصريح على القول الأصح وهو الاستحقاق بأنه هل يشترط فيه القتال أم لا؟ بل ربما يفهم منه عدم الاشتراط، وقد جزم باشتراطه في «المحرر» فقال: وأظهر القولين أن الأجر لسياسة الدواب وحفظة الأمتعة وتجار العسكر والمحترفين يستحقون السهم إذا قاتلوا، هذا لفظه وتبعه عليه في «المنهاج».

الأمر الثاني: أنه لابد في هذه المسألة من شرط أخر وهو أن تكون الإجارة على المعين، فأما إذا كانت واردة على الذمة فإن العمل يكون ديناً في ذمته يصح أن يقيم فيه غيره مقامه، وكلام الرافعي والنووي يوهم خلافه.

قوله: ولا يدخل إلا فرساً شديداً، ولا يدخل خطمها وهو الكسير ولا تحما وهو الهرم ولا ضرعاً وهو الصغير الضعيف ولا أعجف رازكاً، والأعجف: المهزول، والرازح: هو بيِّن الهزال، ومن حصل شيء منها لم يسهم له، وفي قول يسهم إن لم ينه عنه .انتهى.

الخطم: بخاء مهملة مفتوحة وطاء مهملة أيضاً مكسورة، وهو الذي يهذم لطول عمره يقول: منه خطمت الدابة بالكد والقحم بفتح القاف وإسكان الحاء المهملة.

والضرع: بفتح الضاد المعجمة وفتح الراء أيضاً.

والرازح، بالراء المهملة وبعد الألف زاي معجمة مكسورة ثم حاء مهملة إذا علمت ذلك فقد نقل في باب المسابقة عن الدارمي بيان سن ما يسهم له، فقال: والذي يجوز المسابقة عليه من الخيل قيل: ما يسهم له، وهو الجذع أو الثني، قيل: وإن كان صغيراً، هذا لفظه، وظاهره، المخالفة للمذكور هنا.

قوله: ولو حضر إثنان بفرس مشترك بينهما فهل يعطى كل منهما سهم فرس لأن معه فرساً قد يركبه؟ أم يعطيان سهم فرس واحد مناصفة؟ أم لا يعطيان للفرس شيئاً لأنه لم يحضر واحد منهما بفرس تام؟ فيه أوجه. انتهى.

قال في «الروضة»: لعل الأصح المناصفة .

قوله: ولو ركب اثنان فرساً وشهداً الواقعة فهل لها ستة أسهم لأنهما فارسان أم سهمان لأنهما راجلان لتعذر الكر والفر أربعة أسهم سهمان لهما وسهمان للفرس، فيه ثلاثة أوجه. انتهى.

قال في «الروضة»: اختار ابن كج في «التجريد» وجها رابعا حسنا أنه إن كان فيه قوة الكر والفر مع ركوبهما فأربعة أسهم وإلا فسهمان.

كتاب قسم الصدقات

وفيه بابان:

الأول: في بيان أصناف الصدقات

قوله: والدار التي يسكنها والثوب الذي يلبسه متجملا به لا يسلب اسم الفقر ثم قال: ولم يتعرضوا لعبده الذي يحتاج إليه إلى خدمته، وهو في سائر الأصول يلحق بالمسكن. انتهى كلامه.

والعجب منه حيث قال ما قال مع أن المسألة مذكورة في «النهاية» على وفق البحث الذي ذكره وهو إلحاقها بالمسكن لكنه اغتفرها في المسكين دون الفقير فإنه نص على أن المسكن والخادم لا يمنعان السكنة، قال: وأما الفقير فلا يحتملها هذه عبارته، واغتفار الرافعي لهما في الفقر يلزم منه الاغتفار في المسألتين بطريق الأولى، وقد ذكر المسألة أيضاً ابن كج في «التجريد» علي ما نقله عنه في «الروضة» وألحقها بالمسكن.

قوله: والمكفي بنفقة قريبه لا يعطي من الزكاة على أصح الوجهين على ما ذكره الشيخ أبو علي وغيره، ثم قال:والوجهان في مسألة القريب في ما إذا أعطاه غير من ينفق عليه سهم الفقراء والمساكين وأما المنفق فلا يعطيه من سهم الفقراء أو المساكين لا محالة وله أن يعطيه من سهم العاملين والمكاتبين والغارمين والغزاة إذا كان بهذه الصفات . انتهى كلامه.

وما ذكره من إيجاب نفقة المكاتب على فرسه تابعه عليه في «الروضة»، ولم يستحضرا معا في كتاب النفقات ما سبق فيهما في هذا الباب، فإن الرافعي حكى فيها هناك احتمالين عن «الحاوي» وزاد النووي على ذلك فصحح عدم الوجوب وعلله بأنه رقيق، وسوف أذكر لفظه في موضعه ـ إن شاء الله تعالى ـ فراجعه .

قوله: الثاني المسكين وهو الذي يملك من المال ما يقع به موقعاً من حاجته وكفايته لكنه لا يكفيه كما إذا احتاج إلى عشرة وهو يملك تسعة أو ثمانية. انتهى.

لم يبين هل المراد عدم الكفاية في ذلك اليوم أم في تلك السنة أم في العمر الغالب، وقد استنبط من كلامهم ما يبين المراد السنة، فإن الرافعي ذكر في كتاب الأيمان أن المسكين ينتقل إلى التكفير بالصوم وذكر في كتاب الظهار أن الانتقال إلى الصوم هل شرطه العجز عن السنة أم عن العمر الغالب؟ فيه احتمالان.

قال النووي: الصواب منهما: اعتبار السنة فثبت من مجموع كلام الرافعي والنووي أن المراد بعدم الكفاية إنما هو في السنة فافهم ذلك، فإنه عزيز مهم فعلى هذا من عجز عن كفاية السنة فهو مسكين، وحينئذ فهل يعطي له كفاية سنة أم كفاية العمر؟

الغالب فيه الخلاف المشهور، ومن معه كفاية سنة لا يعطي شيئاً لأنه ليس بفقير ولا مسكين حالة الإعطاء، فإن كنا نعطيه كفاية العمر الغالب لو نقص ما معه عن السنة.

قوله: واحتج الأصحاب بما روى أن النبي ﷺ قال: «لا تحل الصدقة إلا لثلاثة فذكر رجلاً أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له الصدقة حتى يصيب سداداً من عيش»(١) انتهى.

السداد: هنا بكسر السين على الأفصح ويجوز فتحها وهو ما يسد به الخلة.

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٤٤)، وأبو داود (١٦٤٠)، والنسائي (٢٥٨٠)، وأحمد (١٥٩٥٧)، والدارمي(١٦٧٨)، وابن خزيمة (٢٣٥٩) وابن حبان (٣٢٩١)، والدارقطني(٢ / ١١٩)، والطبراني في الكبير (١٨ / ٣٧١) حديث (٩٤٧)، والبيهقي في الكبرى (١١١٨٢)، والطحاوي في شرح المعاني(٢٧٧٣) من حديث قبيصة بن المخارق رضي الله عنه.

وأما سداد القارورة وسداد الثغر فبالكسر لا غير والسداد بمعنى الاستقامة فمفتوح، وكذلك السدد أيضاً بغير ألف، قاله الجوهري.

قوله: وفي أجرة الكيال والوزان وعاد الغنم وجهان، أصحهما: أنها على المالك. انتهى.

ومحل هذا الخلاف كما قال في «الروضة» إنما هو في الذي يميز نصيب القفراء من نصيب المالك قال: فأما الذي يميز بين الأصناف فأجرته من سهم العاملين بلا خلاف.

قوله: الضرب الثاني: مؤلفة المسلمين، وهم أصناف: صنف دخلوا في الإسلام ونيتهم ضعيفة فيتألفون ليثبتوا، وأخرون لهم شرف في قومهم ينبغي تألفهم رغبة نظرائهم في الإسلام ففي هذين الصنفين قولان: أحدهما يعطيان تأسياً برسول الله ﷺ فإنه أعطى بالمعنى الأول عيينة وابن حصين والأقرع بن حابس وأبا سفيان ابن حرب وصفوان بن أمية وبالمعني الثاني عدي بن حاتم والذبركان بن بدر. انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن الذين أعطاهم النبي ﷺ من هؤلاء لم يكن إعطاءهم من الزكاة بل من الغنيمة لأن ذلك كان في وقعة حنين من أموال هوازن كما هو معروف في كتب الحديث والسير.

والثاني: ما ادعاه من كون صفوان أعطى وهو مُسْلِم قد ذكره القاضي الحسين ثم صاحب «المهذب» فقلدهما فيه الرافعي، والذي ذكره مسلم في «صحيحه»(١) أن النبي ﷺ أعطاه وهو مشرك وإنما أعطاه مائة، وكذا نص عليه الشافعي في «المختصر» وذكره النووي في «شرح المهذب».

الأمر الثالث: في دعواه أن عدياً أعطاه النبي ﷺ وهذا قد ذكره صاحب

(١) حديث (١٠٦٠).

«التتمة» فقلده فيه الرافعي، والذي نص عليه الشافعي في «المختصر» أيضاً أن المعطي له هو أبو بكر وكذلك ذكره الشافعي في «الأم» أيضاً في باب جماع تفريق السهمان، وهو بعد باب علم القاسم فقال: وقد روى أن عدي بن حاتم أتى أبا بكر بنحو ثلاث مائة بعير صدقة فأعطاه منها ثلاثين بعيراً فجاهد معه بنحو من ألف رجل(١).

ولعل أبا بكر أعطاه من سهم المؤلفة قلوبهم، فإن كان هذا ثابتاً فإني أعرفه من وجه يثبته أهل الحديث وهو من حديث ينتسب إلى بعض أهل العلم بالردة. انتهى لفظه.

وقد بحث الرافعي في أن من يرجى إسلام نظرائه هل يتقيد بالشرف أم لا؟ فنقل عن الغزالي عدم التقييد ثم قال: وسائر الأصحاب نقلوا القولين في الأشراف الذين لهم نظراء في الكفر وقيدوا فيجوز أن يقال: أراد ما أرادوه، ويجوز أن يقال: لا فرق، هذا لفظه، ولم يذكر في «الروضة» هذا البحث وقيده بالشرف.

قوله: وإذا عجز المكاتب فإن كان في يده استرد، وإن كان تالفاً لزمه غرمه على الأصح، وهل يتعلق بذمته أم برقبته؟ وجهان. انتهى.

والأصح تعليقه بالذمة فقد قال في «الشرح الصغير»: إنه أظهر الوجهين، وفي «زيادات الروضة»: إنه الأصح.

قوله: والأحوط الصرف إلى السيد بإذن المكاتب .انتهى.

ومقتضى إطلاقه أنه لا فرق فيه بين أن يوفي بالنجوم أم لا، وقد ذكر في «الروضة» من «زياداته» ما يقوى ذلك أيضاً، فقال: هذا هو الذي أطلقه جماهير الأصحاب، وقال الشيخ أبو الفتح نصر المقدسي الزاهد من أصحابنا إن كان هذا الحاصل آخر النجوم يحصل العتق بالدفع للسيد بإذن المكاتب

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧ / ١٩).

أفضل، وإن حصل دون ما عليه لم يستحب دفعه إلى السيد، لأنه إذا دفعه إلى المكاتب أتجر فيه ونَمَّاه فهو أقرب إلى العتق ، هذا كلامه، والصواب ما قاله الشيخ نصر من تخصيص الدعوى، فقد جزم الرافعي بعد هذا في الكلام على الغارم بمثله، وتبعه عليه في «الروضة» فقال: ويجوز الدفع إليه بإذن المديون وهو أولى إلا إذا لم يكن وافياً وأراد المديون أن يتجر فيه، هذا كلامه.

قوله: ولا يجوز بغير إذنه يعني الصرف إلى السيد بغير إذن المكاتب لأن الاستحقاق له ولكن يسقط عن المكاتب بقدر المصروف، لأن من أدى دين غيره بغير إذنه برأت ذمته. انتهى.

تابعه عليه في «الروضة» وهو مشكل حكماً وتعليلاً ؛ فإن ما يخص المكاتب إنما يتعين له بقبض صحيح، وذلك إنما يكون بقبض المستحق أو نائبه والسيد لا يستحقه وإنما له شيء في ذمة المكاتب وأما التعليل فإنه وإن كان مسلماً لكونه صورة دال أن يعطي من مال المديون ويبلغه صاحب الدين مع مراعاة أقوال التقاضي ، ونظير مسألتنا أن يكون على زيد دين له وله عند شخص دين أو عين فيعطيه ذلك الشخص للمديون، فإن الدين يكون باقيا والعين مضمونة على معطيها وأخذها ما دامت باقية فإن تلفت العين جاء ما قلناه من أقوال التقاضي.

قوله: فرع أخر نقل بعض أصحاب الإمام أن للمكاتب أن ينفق ما أخذ ويؤدي النجوم من كسبه، ويجب أن يكون الغارم كالمكاتب، زاد في «الروضة» على هذا فقال: قطع صاحب «الشامل» بأن المكاتب يمنع من إنفاق ما أخذ ونقله صاحب البيان عنه، ولم يذكر غيره، وهذا أقيس من قول الإمام. انتهى كلامه.

واعلم أن الإمام ـ رحمه الله ـ قد نص هو على المسألة في «النهاية» فقال

ما نصه :والخيرة إليه في توفية النجم إن شاء وفاه مما اكتسبه واستنفق ما قبضه من الصدقة، وإن شاء سلم ما قبضه من الصدقة هذا لفظه، والمفهوم منه أنه يجوز إعطاء النجوم من كسبه ثم بعد ذلك ينفق ما أخذه، وبه يعلم المراد من هذا الذي نقله الرافعي عن بعض أصحابه، وكلام السائل إنما هو في الاتفاق ابتداء فإنه نقل عن الشافعي أن الدفع إلى سيده أحب ثم قال: وإنما يدفعه إلى سيده بإذنه لئلا يسلمه إليه فيتفقه فإن سلمه إليه فأراد أن ينفقه منعه من ذلك هذا لفظه، وهو صريح في ما قلناه، وإذا علمت ذلك علمت أموراً:

أحدها: أنهما مسألتان نص كل منهما على مسألة ولا اختلاف في الإمام وغيره كما توهمه في «الروضة».

الثاني: استغراب ما في الرافعي حيث تكون المسألة في «النهاية» وينقلها عن بعض أصحابه.

الثالث: أن الرافعي لم يصرح بأن الناقل نقل ذلك عن الإمام فكيف يقول في «الروضة»؟ وهذا أقيس من قول الإمام.

قوله: في الغارم أما إذا استقرض في معصية كثمن الخمر والإسراف في الانفاق فلا يعطي من سهم الغارمين على المشهور، فيه وجه غريب، وهذا إذا كان مصرا علي المعصية، فإن تاب فوجهان إلى آخره.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما جزم به هاهنا من تحريم الإسراف في النفقة تابعه عليه في «الروضة» والصحيح خلافه وقد تقد ذلك في باب الحجر، فراجعه.

الأمر الثاني: لم يصرح هنا بتصحيح في إعطاء الثابت وقد صرح به في «الشرح الصغير» فقال: **أظهرهما:** أنه يعطي.

وهو الذي صححه النووي في كتبه، وذكر عكسه في «المحرر» فقال ما

نصه: والغارمون إن استدانوا لغرض أنفسهم يعطون من الزكاة بشرط أن لا تكون الاستدانة لمعصية. انتهى.

وهذا هو مقتضى كلام الشافعي في «الأم» فإنه شرط في إعطائه أن لا يكون غرمه في معصية، ولم يفصل بين أن يتوب أم لا، ذكر ذلك في باب جماع بيان أهل الصدقات.

قوله: فإن كان الدين على الغارم مؤجلاً ففي إعطائه وجهان إلى آخره.

لم يصرح هنا بتصحيح، وقد صحح في «المحرر» أنه يعطي وعبر بالأظهر، وهو مقتضى كلام «الشرح الصغير» أيضاً فإنه قال: فإن كان مؤجلاً فعلى الوجهين المذكورين في قبل المحل هذا لفظه، والأصح من ذنيك الوجهين أنه يعطي مخالف النووي فصحح من «زياداته» في «المنهاج» و«الروضة» أنه لا يعطي، ولا يستقيم هذا التصحيح عكسه في النجوم.

قوله: من «زياداته» ولو كان عليه دين فقال: جعلته عن زكاتي، لا يجزيه على الأصح حتى يقضيه ثم يرده إليه إن شاء، وعلى الثاني يجزيه كما لو كان وديعة حكاه في «البيان» . انتهى كلامه.

وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في أواخر الباب الأول من كتاب الهبة، وقد ذكرت لفظه هناك لغرض آخر فاعلمه وراجعه.

قوله: والغريب المجتاز بالبلد يعطي من سهم السبيل، وقيل: على الخلاف في نقل الصدقة، وبالمنع أجاب المسعودي. انتهى.

وهذا النقل عن المسعودي ذكره في «البيان» فقلده فيه الرافعي، وهو غلط، إنما صَوَّابه الفوراني، وقد سبق وجه الغلط في فصل الأسماء فراجعه.

قوله: ولو استعمل هاشمي أو مطلبي فهل يحل له سهم العاملين فيه وجهان أحدهما نعم لأنه أجره عمله، وهذا أصح عند أبي الحسن العبادي،

وأصحهما عند صاحب «التهذيب» :لا ؛كما لو كان غارماً أو غازياً .انتهي كلامه.

لم يصرح في «الشرح الصغير» أيضاً بتصحيح والتصحيح المنع فإنه مقتضى كلامه في «المحرر»، وصححه النووي في «شرح المهذب» و«الروضة»، ولم ينبه في «الروضة» على أنه من «زياداته» بل أدخله في كلام الرافعي، وهو غريب فتفطن له.

الباب الثاني: في كيفية الصرف إلى الأصناف

قوله: ولو قال: لا كسب لي، وكان قوياً جلداً، وقال: لا مال لي، واتهمه الإمام ففي تحليفه وجهان، قال في «التهذيب»: إنه لا يحلف . انتهى ملخصاً.

ذكر مثله في «الشـرح الصغير»، والأصح ما قاله في «التـهذيب»، فقد صححـه أيضاً الشيخ أبو إسحـاق في «التنبيه» ، ولكنه اقتـصر على المسألة الأولى، وصححه النووي في «شرح المهذب» وأصل «الروضة».

قـوله: والفـقـير الذي لا يـحسن الـكسب بالحـرفة ولا بالـتجـارة، قـال العراقيون وطائفة سواهم: تعطي كفايـة العمر الغالب، ولا يتقدر بالشهر ولا بالنسبـة، وروى آخرون منهم صـاحب «التهذيب»، والمصنف تقـديره بكناية السنة. انتهى كلامه.

وذكر نحوه في «الشرح الصغير» أيضاً وليس فيه تصريح بتصحيح، وقد جزم في «المحـرر» باعتبار السنة، وخـالفه النووي فصحح في كـتبه اعتـبار العمر الغالب، قال: وقد نص عليه الشافعي،ونقله الشيخ نصر عن جمهور أصحابنا.

قوله: في «الروضة» فرع للإمام الخـيار إن شاء دفع الفرس والسلاح إلى الغازي تمـليكاً وإن شاء استـأجر له مـركوباً وإن شاء اشـتري خـيلاً من هذا السهم ووقفها في سبيل الله فيعيرهم إياها عند الحاجة. انتهى.

وما ذكره في أخر كلامه من الإعارة يقتضي تضمينه بتقدير التلف، وهو عـجيب فـإن انتفـاع الموقوف بما وقف عليـه ليس عـارية، بل لكونه بعض المستحـقين ولهذا المعنى لا يتصور القـول بتضمينه، وأيضاً فـالغازي المذكور يجوز أن يملك هذه الأشياء فكيف يضمنـها على تقدير الوقف عليه، وأيضاً فالمعيـر لا بد أن يكون مالكاً للمنفعة، وهذا منتف هنـا وبالجملة، والرافعي

سالم من ذلك فإنه عبر بقوله: فيعطيهم عند الحاجة، هذا لفظه، فعدل عنه في «الروضة» إلى العارية سهواً.

قوله: ولا يسمى للعامل أكثر من أجرة المثل فإن فعل فتفسد التسمية من أصلها أو يكون قدر أجرة المثل من الزكاة وما زاد في خالص مال الإمام، فيه وجهان في «أمالي» أبي الفرج. انتهى.

والأصح هو الأول كذا صححه في «زيادات الروضة».

قوله: من «زياداته»: قال الشيخ نصر: إذا قلنا: لا يعطي إلا بسبب واحد، فأخذ بالفقر كان لغريمه أن يطالبه بدينه فيأخذ ما حصل، وكذا إن أخذه بكونه غارمًا، فإذا بقي بعد أخذه منه فقيراً فلا بد من إعطائه من سهم الفقراء لأنه الآن محتاج. انتهى كلامه.

واعلم أنه قد سبق أن الأرجح منع المكاتب من إنفاق ما أخذه، وسبق أن الغارم كالمكاتب، وحينئذ فإن كنا تقول: إن الأخذ بصفتين لا يجوز، وقلنا: بأنه يتعين صرف المأخوذ لما أخذه، لزم امتناع الأخذ ثانياً في مسألتنا.

قوله: فإن قسم المالك بنفسه، أو لم يكن هناك عامل سقط سهم العامل وقسم على الأصناف السبعة، وروى الحناطي عن النص سقوط سهم المؤلفة أيضاً، ثم قال: ويجوز أن يعلم بالواو لأنه أعني: الحناطي حكى عن الأصطخري أنه يجوز الصرف إلى ثلاثة من الفقراء. انتهى.

وهذا الوجه المنقول عن الإصطخري قد حذفه من «الروضة».

قوله: وإن قسم المالك فينظر إن أمكن الاستيعاب بأن كان المستحقون في البلد محصورين بقى لهم المال، فقد أطلق في «التتمة» وجوب الاستيعاب، وقيد الوجوب في «التهذيب» بما إذا لم يجوز نقل الصدقة فلا يستحب فإن لم يمكن فلا وجوب ولا استحباب، لكن لا ينقص عن ثلاثة من كل صنف. انتهى كلامه.

وهو يدل على وجوب الاستيعاب عن الإمكان وذلك بأن ينحصر وعلى أنه لا يختلف الحال في المحصورين بين أن يقل عددهم أو يكثر حتى يجب استيعاب المحصورين إذا أرادوا على ثلاثة.

إذا علمت ذلك فقد ذكر بعد الكلام على صدقة التطوع في المسائل المنثورة أن الاستيعاب لا يجب إذا زاودا على ثلاثة، فقال: ومتى يستحق أهل السهمان الزكاة؟ قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: يستحقون يوم القسمة إلا العامل فإنه يستحق بالعمل وذكر في موضع آخر أنهم يستحقون يوم الوجوب.

قال الأصحاب: ليس في المسألة اختلاف قول، لكن النص الثاني محمول على ما إذا لم يكن في البلد إلا ثلاثة أو أقل، ومعنا نقل الصدقة فيستحقون يوم الوجوب حتى لو مات واحد دفع نصيبه إلى ورثته وإن غاب أو أسر فحقه بحاله وإن قدم غريب لم يشاركهم، والنص الأول محمول على ما إذا لم يكونوا محصورين في ثلاثة أو كانوا محصورين وجوزنا نقل الصدقة فيستحقون بالقسمة حتى لا حق لمن مات أو غاب أو أسر بعد الوجوب، وقيل: القسمة، وإن قدم غريب شاركهم. انتهى كلامه.

وهو صريح في أنه لا يجب الاستيعاب إذا زادوا على ثلاثة والأول دال على خلافه، ولهذا قيده بقوله: بقي لهم المال، والثلاثة يجب الصرف لهم سواء، وفي المال بقدر حاجتهم أم لم يوف.

وذكر في الباب الثاني من كتاب الوصية في الطرف الثاني منه نحو ذلك أيضاً فقال: والوصية لأصناف الزكاة في أنه لا يجب الاستيعاب ويقتصر على ثلاثة، والأولى استيعاب الموجودين عند الإمكان كما في الزكاة، هذه عبارته، وتبعه في «الروضة» علي هذه المواضع.

وقد يقول القائل: يجمع بين ذلك بأن يحمل الكلام الأول على ما إذا

لم يوف ويتلخص من كلا النقلين أنهم إن كانوا ثلاثة فأقل تعين الصرف إليهم وفا بهم المال أم لا، وإن كان أكثر من ثلاثة فإن عسر ضبطهم كان الملك للجهة، ويجوز الاقتصار في الصرف على ثلاثة أقسام، وهؤلاء إنما يملكون يوم القسمة، وإن سهل ضبطهم فإن وفى المال بحاجتهم كانوا كالثلاثة وإن لم يوف كانوا كما لو عسر ضبطهم لكن يستحب التعميم، وكلام القاضي أبو الطيب يدل على ما قلناه فإن قال : أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: يستحقون يوم القيمة، وأراد ما إذا لم تكن الأصناف معينة بأن كان في البلد أكثر من ثلاثة والزكاة لا تتسع للكل فَلِرَبِّ المال أن يخص بها ثلاثة من كل صنف.

واعلم أن هذا الجمع وإن صح لزم منه أمران:

أحدهما: أنه لا يتعين حمل النص الثاني المذكور في الموضع الثاني على الثلاثة فقط والرافعي قد ادعاه كما سبق.

الثاني: فساد قول النووي في «التصحيح»، والأصح: أنه يجب استيعاب آحاد الصنف إذا كانوا محصورين.

قوله: نقلاً عن «التهذيب»: وليس كما أوصى لفقراء بلد معينة وهم محصورون حيث يجب تعميمهم والتسوية بينهم وهاهنا أي في الزكاة إذا كانوا محصورين يجب التعميم ولا يجب التسوية لأن الحق في الوصية لهم على التعيين حتى لو لم يكن هناك فقير تبطل الوصية، وهذا إذا قسم المالك فإن قسم المال، قال في «التتمة»: لا يجوز تفضيل بعضهم عند تساوي الحاجات. انتهى.

فيه أمور:

أحدها: أن ما نقله عن «التهذيب» وأقره من أن التسوية لا تجب عند حصرهم لم يصرح به في «الروضة» وهي مسألة مهمة.

قال في «الروضة» : وما ذكـره في «التتمة» من التفصـيل وإن كان قوياً فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور استحباب التسوية .

الثاني: أن ما نقله عنه أيضاً أي عن «التهذيب» من بطلان الوصية إذا لم يجود أحد من الفقراء، قد حذفـه من «الروضة» أيضاً هنا استغناء عنه يذكره له في كتاب الوصـية قُبَيْل المسائل الحـسابية فإنه جزم به تبـعا للرافعي هناك لكنه ذكر من «زياداته» في أخر كتاب الحج قُبَيْل باب الهدي ما يخالفه، وقد سبق ذكر لفظه هناك، فراجعه .

الثالث: في معرفة ضابط المحصور وغيره وقد أشبعت الكلام في المسألة السابقة .

قوله فـيهـا :ولو لم يوجدمن الصنف إلا دون الـثلاثة فهل يصـرف باقي السـهم إلى الذي وجده أم ينـقل إلى بلد أخر؟ قـال المتـولي: هو كمـا لو لم يوجد الصنف. انتهى.

مقتضاه أن يكون الأصح عند المتولي هو الرد، والأمر كما وضحه أعني المتولي فـقد نقله الشـيخ نصر وصـاحب «العدة» عن نص الشافـعي، ونقله عنهما النووي وقال: إنه الأصح .

قوله: وإذا لم نجوز نقل الصدقة فعدم بعض الأصناف فوجهان:

أحدهما: تنفذ إلى ذلك الصنف بأقرب البلاد.

وأصحهما: الرد على الباقين.

ثم قـال: وإن نقص نصيب بعـضهم عـن الكفاية وزاد نصـيب بعضـهم فيصرف ما زاد إلى من نقص نصـيبه، أو ينقل إلى ذلك الصنف بأقرب التلاد فيه مثل هذا الخلاف. انتهى.

ومقتضاه أن الأصح في الصورة الثانية الرد على الباقين أيضاً .

إذا علمت ذلك فقد تابعه عليه النووي في «الروضة» وعـبر بقوله : ففيه

هذا الخلاف، وكذا ذكر أيضاً في «شرح المهذب» إلا أنه لم يصرح بتصحيح في المسألة الأولى، وصحح عكسه في «تصحيح التنبيه» فقال: الأصح أنه ينقل إلى ذلك الصنف، ولا ذِكْر للمسألة في «المحرر» ولا في «مختصره».

قوله: وفي جواز نقل الوصية طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في الزكاة، وهذا ما حكاه يعني الغزالي هاهنا.

والثاني: ترتيب الوصية على الزكاة والوصية أولى بالجواز، وهذا ما ذكره هناك وألحق بالوصية الكفارات والنذور، والظاهر فيهما جميعا جواز النقل. انتهى.

وما صححه من جواز النقل في الوصية قد تقدم في بابها من كلامه ما يقتضي المنع وكلام الغزالي في «الوجيز» هاهنا مشتمل على طريقين فإنه بعد حكاية الخلاف في الزكاة، قال ما نصه: وقيل: يطرد هذا الخلاف في الكفارات والنذور والوصايا والأظهر فيها جواز النقل، هذا لفظه.

فحصل من مجموع كلامه ثلاث طرق، والرافعي لم ينقل سوى طريقين.

قوله: واعلم أن الخلاف في جواز النقل ظاهر في ما إذا فرق رب المال زكاته أما إذا فرق الإمام فربما اقتضى كلام الأصحاب طرد الخلاف فيه، وربما دَلّ على جواز النقل له، والتفرقة كيف شاء وهذا أشبه. انتهى.

استدرك عليه في «الروضة» و«شرح المهذب» فقال: قال صاحب «المهذب» والأصحاب: يجب على الساعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفريقها وهذا نقل. انتهى كلامه.

قوله: وزكاة النقدين والمواشي وأموال التجارة تؤدي إلى فقراء البلد الذي تم فيه حولها، فإن كان المال عند تمام الحول في بادية صرف إلى فقراء أقرب البلاد إليه، زاد في «الروضة» على هذا فقال: ولو كان تاجرا مسافرا

صرفها حسب حال الحول. انتهى.

واعلم أن هذا الكلام أصلاً وزيادة يقتضي لعمومه أن لا فرق بين أن يكون المال مستقراً أو سائراً، لكن تقدم أنه إذا كان سائراً فإنه لا يخرج زكاة حتى يصل إليه، كذا نقله في كتاب الزكاة عن صاحب «العدة» وأقره، ذكر في شروط الزكاة في الشرط السادس المعقود لتمام الملك وذكر نحوه في «الشرح الصغير» أيضاً، وتبعه عليه في «الروضة».

قوله: وأما زكاة الفطر إذا كان ماله ببلد وهو تاجر فبأيهما يعتبر؟ وجهان: أصحهما: بلد المال . انتهى كلامه.

وما ذكره من أن الصحيح اعتبار بلد المال ليس كذلك، بل الصحيح المشهور في «شرح المهذب» وغيره أن الاعتبار ببلد البدن.

قوله: فإن عرف الإمام من رجل أنه لا يؤدي زكاة أمواله الباطنة بنفسه فهل له أن يقول: إما أن تدفعها ...إلى آخره.

هذه المسألة نقله في «الروضة» إلي باب أداء الزكاة فتبعته على ذلك، وفيها أمور مهمة يتعين معرفتها فراجعها.

قوله: ويشترط في الساعي: كونه مسلما مكلفا عدلا حرا فقيها بأبواب الزكاة. انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» ولكن يشترط مع ذلك أن يكون ذكرا صرح به أبو الفتوح في تصنيفه في «أحكام الخنائى» وهو متجه فإنه ولاية.

قوله: فإن عيَّنَ الإمام شيئاً يأخذه لم يعتبر التمة، قال الماوردي: وكذا لا يعتبر الإسلام والحرية .انتهي.

توقف في «الروضة» في عدم اشتراط الإسلام فقال: فيه نظر، وصرح في «شرح المهذب» برده فقال: المختار: اشتراطه.

قوله: وفي «الأحكام السلطانية» أنه إذا كان الإمام عادلاً والأخذ جائراً في القسم وجب كتمانها عنه، فإن أخذها طوعا أو كرها لم يجز، وعلى أرباب الأموال إخراجها بأنفسهم، وهذا خلاف ما في «التهذيب» أنه إذا دفع إلى الإمام الجائر سقط عنه الفرض، وإن لم يوصله المستحقين إلا أن يفرق بين الدافع إلى الإمام وإلى العامل. انتهى.

اعلم أن في الإمام بخصوصه خلاف مشهور صرح الرافعي في أوائل الكلام على أداء الزكاة بنقله عن رواية الحناطي، وكلامه هنا يقتضي عدم استحضاره، ولهذا تردد في أثنائه وأما إعزاء الجواز والسقوط إلى «التهذيب» فقط فلا معنى له فقد صححه هو وغيره هناك حتى أنه حكى الخلاف في أن الأفضل الإعطاء له أم لا؟ وقد استدرك في «الروضة» هنا عليه فقال: لا فرق بين الإمام والساعي، والأصح فيهما الإجزاء.

قوله: ووسم نعم [الصدقة](١). والفيء مسنون، روى عن أنس قال: غدوت إلى رسول الله ﷺ بعبد الله بن أبي طلحة ليحنكه فوافيته في يده الميسم يسم إبل الصدقة(٢) وفائدته: تمييزها عن غيرها وأن يردها من وجدها إذا ضلت وأن يعرفها المتصدق فلا يعود إليها، فإنه يكره أن يتصدق بشيء ثم يشتريه، كذا قاله الشافعي. انتهى ملخصاً.

وما ذكره في أخر كلامه من كراهة شراء ما يتصدق به، قد تابعه عليه في «الروضة» ثم ذكر بعد ذلك بنحو ورقتين في أثناء الكلام على صدقة التطوع من «زوائده» ما يخالف إطلاق هذا فراجعه.

قوله: ويكره الوسم علي الوجه. انتهى.

---

(١) في «الروضة»: الزكاة.

(٢) أخرجه البخاري (١٤٣١)، ومسلم (٢١١٩).

الصواب أنه حرام فقد ثبت في «صحيح مسلم»[١]، لعن فاعله ، ونص عليه الشافعي في «الأم» فقال: والخبر عندنا يقتضي التحريم وجزم به البغوي، وقال النووي في «المنهاج» أنه الأصح، وفي «الروضة»: إنه الأقوى، وفي «شرح المهذب»، إنه المختار، وفي «شرح مسلم»: إنه الأظهر.

قوله: فيكتب على نعم الجزية : جزية أو صغار، وعلى نعم الصدقة: صدقة أو زكاة أو لله، نص عليه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ واستبعده بعض من شرح «الكتاب»، لأن الدواب تتمعك في النجاسات، وتضرب أفخاذها بأذنابها وهي نجسة فلينزه اسم الله تعالى عنها، ورأيت هذا الاستبعاد لبعض المتقدمين ممن شرح «المختصر» ويجوز أن يجاب عنه بأن إثبات اسم الله تعالى ها هنا لغرض التمييز والإعلام لا على قصد الذكر والتبرك، ويختلف التعظيم والاحترام بحسب اختلاف المقصود ألا ترى أن الجنب يحرم عليه قراءة القرآن ولو أتى ببعض الفاتحة لا على قصد القراءة لم يحرم. انتهى ملخصاً.

وشارح «المختصر» المذكور الذي اتهمه ولم يصرح باسمه هو الداوودي المعروف بالصيدلاني واسمه: أبو بكر محمد بن داود بن محمد، وقد رأيت الإشكال المذكور في الشرح المشار إليه، وهو إشكال ظاهر، والجواب الذي ذكره الرافعي عنه جواب ضعيف، فإن الكتب وإن كان لقصد التمييز فلا يخرج به عن كونه معظماً لكونه اسماً من أسماء الله تعالى، وأما استدلاله بقراءة بعض الفاتحة فأضعف، فإنه إنما للجنب ذلك لكونه إذا لم يقصد القراءة لا يكون قرآنا، وحينئذ فلا يحرم وأما هنا فإنه، وإن قصد الإعلام فلا يخرج بذلك عن كونه اسما لله تعالى واسمه معظم، بل الإعلام بذلك

(١) أخرجه مسلم (٢١١٧) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

يستدعي أرادة التسمية حقيقة.

قوله: من «زياداته»: ولو دفع سهم المؤلفة أو الغازي إليه فبان المدفوع إليه امرأة فهو كما لو بان عبداً. انتهى.

وقد سبق في العبد أنه لا يجزيء على الصحيح، فاقتضى ذلك أن المرأة لا تستحق شيئاً من سهم المؤلفة كالعبد، وليس كما قاله، بل الراجح الإعطاء، وقد ذكره قبل ذلك على الصواب فقال في الكلام على صنف الفقراء ما نصه: وللزوج أن يعطي زوجته من سهم المكاتب والغارم قطعاً ومن سهم المؤلفة على الأصح، وبه قطع في «التتمة» وقال الشيخ أبو حامد، لا تكون المرأة من المؤلفة وهو ضعيف. انتهى.

وذكر أيضاً مثل هذه العبارة في «شرح المهذب» في الموضع المذكور وصححه أيضاً في الكلام على المؤلفة، وهذا الفرع المذكور في «الروضة» ذكره في «شرح المهذب» في أخر الباب نقلاً عن القاضي أبي الفتوح فقط، ثم قال: ونقله عنه صاحب «البيان» فنقله من الشرح المذكور من غير إعزائه غير مستحضر ما سبق له، ولهذا ذكره في «الروضة»في أخر الباب كما ذكره في الشرح المشار إليه.

قال ـ رحمه الله ـ : الكلام على صدقة التطوع .

قوله: أيضاً من «زوائده»: اختلاف رب المال والساعي على ضربين.

أحدهما: أن لا تكون دعوى رب المال لا تخالف الظاهر لدعواه أن النتاج بعد الحول.

والثاني: أن تخالفه كقوله: كنت بعته في أثناء الحول ثم اشتريته، وفي الضربين إذا اتهمه الساعي حلفه واليمين في الضرب الأول مستحبة بلا خلاف، وفي الضرب الثاني مستحبة على الأصح، وقيل: واجبة. انتهى ملخصاً.

وما ادعاه من عدم الخلاف في الأول ليس كذلك فقد حكى القاضي الحسين والفوراني في الصورتين ثلاثة أوجه: ثالثها: التفصيل، ونقلها عنه ابن الرفعة في باب قسم الصدقات من «الكفاية».

قوله: وأما ذوو القربى فالمشهور أنها لا تحرم عليهم صدقة التطوع، ثم قال: وفي «التتمة» حكاية قول أخر أنه تحرم الصدقة عليهم. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره ها هنا من حكاية التحريم قولاً قد خالفه في «الشرح الصغير» فجعله وجهاً فقال: المشهور أنها لا تحرم على ذوي القربة صدقة التطوع وفيه وجه. انتهى فحكاهما أيضاً وجهين الإمام هنا والغزالي في أوائل النكاح.

الأمر الثاني: أن النووي في «الروضة» قد تابع الرافعي على جزمه بطريقة القولين ثم إنه حكى في «شرح المهذب» طريقين وصحح طريقة القطع فقال: فيه طريقان:

أصحهما: وبه قطع المصنف والأكثرون: يحل.

والثاني: حكاه البغوي وآخرون من الخراسانيين فيه قولان: أصحهما: يحل والثاني: يحرم.

قوله: وإلى الأقارب والجيران أفضل وكذا الصدقة المفروضة والكفارات صرفها إليهم أفضل إذا كانوا بصفة استحقاقها فالأولى أن يبدأ بذي الرحم كالأخوة والأخوات... إلى آخره. انتهى.

تابعه في «الروضة» وهو يقتضي أن الأب والأم لا يدخلان في استحباب تقديمهما على الأجانب في صدقة التطوع من وجهين.

أحدهما: أنهما لا يدخلان في لفظ الأقارب على الصحيح كما هو مذكور في كتاب الوصية.

والثاني: إسقاطهما في حال التفضيل وذكر المعدم وليس الاستدلال على ما يدل عليه هذا الكلام فقد قال في «شرح المهذب»: قال أصحابنا: ولا فرق في استحباب صدقة التطوع، وتقديمه على الأجنبي بين أن يكون القريب ممن تلزمه نفقته أم لا ، هذا كلامه، حتى قال بعده: قال البغوي: دفعهما إلى قريب تلزمه نفقته أفضل من دفعها إلى الأجنبي. انتهى.

وفي «الكافي» للخوارزمي من الجزم بما نقله في «شرح المهذب» عن البغوي.

قوله: واستحباب التصدق في شهر رمضان آكد. انتهى.

يكون أيضاً آكد من غيره في مواضع نبه عليها في زيادات «الروضة» فينبغي معرفتها وهي الكسوف والمرض والغزو والحج والأمور المهمة، وفي مكة والمدينة والأوقات الفاضلة كعشر ذي الحجة وأيام العيد.

قوله: وما فضل عن حاجته وحاجة عياله هل يتصدق بجميعه، حكى أبو سعد المتولي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يكره ذلك، بل يستحب.

والثاني: لا يستحب ثم قال: وأصحها وهو المذكور في «الكتاب» أنه إن كان المتصدق قوياً بحيث يجد من نفسه قوة الصبر على الإضافة فيستحب له التصدق بالجميع وإلا لم يستحب بل يستبقي لنفسه ما يتحلل به. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما نقله عن المتولي من حكاية وجه الاستحباب مطلقاً ليس مطابقاً لما في «التتمة» فإنه إنما عبر بعدم الكراهة ولا يلزم منها كونه مستحقاً فإنه قال: هل يستحب للرجل أن يتصدق بجملة ماله أم يكره له ذلك؟ اختلفوا في ذلك، فقيل: لا يستحب ، هذا لفظه، ثم استدل على عدم

الاستحباب، ثم قال: وقيل: إن ذلك لا يكره، والصحيح: أن ذلك يختلف بأحوال الناس، فإن كان الرجل أقوى الاعتقـاد بحيث لا يتغير عليه حاله إذا لم يكن في يده، قال فالأولى له أن يتصـدق بجميع ماله ، وإن كان الرجل ممن لا يصير علي الفقر فالأولى أن يتصدق بما فضل عنه ويستبقي لنفسه قدر ما يحتاج إليه. انتهى كلامه.

الأمر الثاني: أن تعبيره في الوجه الثالث بقوله: ويستبقي لنفسه ما يتعلل به، لا يطابق تعبير «التـتمة» بقدر «الكفاية» فبينهـما فرق ظاهر، وحذف في «الروضة» بيان ما يبقيه فلم يذكر ما في الرافعي ولا ما في «التتمة» فقال فيه أي: في الاستحباب، أوجه [](١) وإلا فلا.

قوله: ومـن له عيال تلزمـه نفقـتهم أو عليـه دين يحتـاج إلى قضـائه فلا يستحب التصدق، وربما [قال](٢) يكره.انتهى.

زاد في «الروضة» على هذا فـقال: هذه العبـارة موافقة لعـبارة الماوردي والغـزالي والمتولي وآخـرين، وقال القـاضي أبو الطيب وأصـحاب الشـامل و«المهذب» و«التهذيب» و«البيان» والدارمي والروياني في «الحلية» وآخرون لا يجوز أن يتصدق بما يحتاج إليه لنفقته ونفقة عياله. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحـدهمـا: إن الإشارة بقوله: هذه العـبارة ... إلى آخره، لا جائز أن تكون إلى أقرب مذكور وهو الكراهة، وإن كـان هو المتبادر إلى الفهم، فإنه قد نقل في «شرح المهذب» عن الماوردي والغزالي وغيرهما عدم الكراهة ولا جائز أن يـعود إلى ما ذكـره أولاً فقط لأنه قـد نقل في الشرح المـذكور عن المتولي، بل أشار بذلك إلى حاصل ما تقدم وهو الجواز فتفطن له.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) في الروضة: قيل.

ويدل عليه حكاية الخلاف الذي بعده غير أنه أساء التعبير بقوله: هذه العبارة، وقد علمت بما نقلناه من «شرح المهذب» التصريح بما توقف الرافعي وهو الخلاف في الكراهة.

الأمر الثاني: أن ما ذكره في الدين إنما يأتي إذا لم يطالب به صاحبه، فإن طالب فإنه لا سبيل إلى القول بالجواز لوجوب أدائه على الفور بل في وجوب الفور عند عدم المطالبة أيضاً كلام ينبغي الوقوف عليه، سبق ذكره في كتاب الفلس.

وقد ذكر الرافعي في «الشرح الصغير» نحو ما ذكر في «الكبير» وكذلك في «المحرر» إلا أن النووي قد اختصره في «المنهاج» بقوله: ومَنْ له عليه دين أو له من يلزمه نفقته يستحب له أن لا يتصدق.

والرافعي عبر بقوله: لا يستحب له أن يتصدق، كما عبر في «الكبير» وبينهما تفاوت ظاهر.

قوله: أيضاً من«زياداته»: وهذا ـ أي: التحريم ـ أصح في نفقة عياله والأول أصح في نفقة نفسه. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما قاله في النفقة مُسَلَّم في نفقة عياله، وأما نفقة نفسه فذكر مثله أيضاً في «المنهاج» من «زياداته» لكنه خالفهما في «شرح المهذب» وصحح المنع، وعَبَّر بالأصح أيضاً، فإنه حكى فيها وفي نفقة عياله ثلاثة أوجه ثم قال: أصحهما لا يجوز.

والثاني: أنه مكروه،

والثالث: أنه خلاف الأولى.

الأمر الثاني: إذا قلنا بالمنع في نفقة العيال كما صححه النووي فهل

يـكـون [](١) لا يجوز لأنها غـير واجبة، ذكر ذلـك في حديث الأنصاري المشهور الذي فأطعمه قوت صبيانه، وحمل هذا الحديث على أن الصبيان لم يكونوا محـتاجين وإنما طلبوه على عادة الصـبيان في الطلب من غيـر حاجة وجزم في «شرح المهـذب» في هذا الباب يعكس ذلك فقال: أن الضـيافة لا يشترط في جـوازها الفضل عن نفقته ولا نفـقة عياله أما كـدها وكثرة الحث عليها.

قال: وليست الضيافة صدقة واستدل عليها بالحديث المذكور.

قـوله: من «زياداته»: أيضـاً وأمـا الدّين فـالمخـتار أنـه إن غلب على ظنه حصول وفاته من جهة أخرى فلا بأس بالتصدق وإلا فلا تحل. انتهى.

ذكر نحوه في «شرح المهذب» أيضاً وكذلك في «المنهاج» وأبدل «المختار» بقوله: «الأصح» إذا علمت ذلك ففيه أمران:

أحدهما: أنه في «شرح مسلم» قد ذكر ما حاصله الجزم بالجواز لمن عليه دين ولم يفصل كما فصل هنا.

الثاني: أن غلبة الظن بحصول الوفاء لا بد أن يستند إلى سبب ظاهر كذا صرح الغزالي في «الإحـياء» وهو واضح فإنه والحالة هذه يكون كـالمستدين ابتداء، وقد قال في «الروضة» من «زوائده» في الشـهادات، وتباح الاستدانة لحاجة فـي غير معصـية ولا سوف إذا كان مـرجواً الوفاء ن جهـة أو سبب ظاهر، هذا لفظه، وهي مسألة مهمة، وحيث منعناه من التصدق في جميع ما سبق فتصدق فهل يملكه المتصدق عليه قال ابن الرفعة ينبغي تخريجه علي الخلاف في هبة المال.

قال ـ رحمه الله ـ: ونردف الباب بمسائل من قسم الصدقات متفرقة.

قوله: ويـنبغي أن ابتداء فـي القسمـة بالعاملين لأن استـحقاقـهم أقوى

(١) بياض في الأصل.

لكونهم يأخذون معاوضة . انتهى.

وهذا التقديم مستحب وقد نبه عليه في «الروضة» و«شرح المهذب».

قوله: ولو دفع المال بنفسه ثم بان المدفوع إليه كافراً أو عبداً أو من ذوي القربى لم يسقط الفرض وفيه وجه ضعيف وإن بان قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ـ يسقط لأن الغني لا يتحقق فيعذر كما لو دفع الإمام.

وأصحهما: المنع . انتهى كلامه.

وتفريقه بين هذه المسائل في حكاية القولين والوجهين يقتضي أن القولين خاصان بالغنى وأن ما عداه ليس فيه قولان، بل وجهان، وليس كذلك فقد حكى الشافعي القولين في الجميع فقال في «الأم» في باب علم قاسم الصدقة وهو بعد باب من طلب من أهل السهمان ما نصه وإن كان للقسم رب المال دون الوالي فعلم أن بعض من أعطاه ليس من أمل السهمان على مسكنه وغرم أو ابن سبيل فإذا هم مماليك أو ليس على الذي أعطاهم لها رجع عليهم واحد منهم فقسمه على أهله فإن ماتوا أو أفلسوا ففيها قولان:

أحدها: أن عليه ضمانه وأداءه إلى أهله.

ثم قال: **والقول الثاني:** أنه لا ضمان على صاحب الصدقة إذا قسمها على الإجتهاد. هذا كلام الشافعي.

قوله: وفي «البحر» للقاضي الروياني : أنه لو دفع الزكاة إلى مسكين وواعده أن يردها إليه بالبيع أو الهبة ليصرفها المزكي في كسوة المسكين ومصالحه ففي كونه قبضاً صحيحاً إحتمالان لأن التحلية لم تحصل على التمام، وأنه لو دفع الزكاة إلى مسكين، وهو غير عارف بالمدفوع بأن كان مشدوداً في حرفه أو كاعد لا يعرف جنسه وقدره وتلف في يد المسكين ففي سقوط الزكاة إحتمالان لأن معرفة القابض لا يشترط فكذلك معرفة الدافع.

انتهى كلامه.

لم يذكر في «الروضة» المسألة الأولى ولكنه جزم في قريب منها بعدم صحة القبض وأما المسألة الثانية فنقلها إلى قبيل صدقة التطوع، وقال: أن الأرجح فيها سقوط الفرض ـ أعني: الرافعي ـ تبعاً لصاحب «البحر» بقوله وتلف في يد المسكين لا معنى له، بل هو نبيذ مضر موهم لأن الحكم الذي ذكره وهو التردد في الإجراء لا فرق فيه بين تلف المدفوع وبقائه فتأمله.

قوله: من زوائده ومن تصدق بشيء كره له أن يتملكه من جهة من دفعه إليه بمعاوضة أو هبة ولا بأس بملكه منه بالإرث ولا يتملكه من غيره. انتهى.

وشرط الكراهة أن يعرفه المسكين خوفا من المحاباة فإن، لم يعرفه ولا يكره، ولكن الأولى أن لا يتملكه وكذلك إذا انتقل عنه إلى غيره عنه لله تعالى هكذا ذكره محمد بن داود الداوودي المعروف بالصيدلاني في «شرح المختصر» وفي المسألة كلام آخر يتعين الوقوف عليه سبق ذكره في الكلام على وسم نعم الزكاة فراجعه.

آخر الجزء السادس من تجزئة المصنف رحمه الله ، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

فهرس الموضوعات

فهرس موضوعات الجزء السادس